Ist der Gesetzgeber selbstherrlich?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Hölk
Gerichtsreferendar aus Marburg.

MARBURG 1929
Buchdruckerei von JOH. HAMEL

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 8. Oktober 1929.

Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Genzmer.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Herrn Dr. jur. Franz Haniel
in München
als Zeichen der Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555610_0131

Schrifttum.

1. Aldag, Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung. 1925.
2. Anschütz, Kommentar zur Reichsverfassung. 1928.
3. Arndt, Kommentar zur Reichsverfassung. 1927.
4. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. 1892.
5. Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee. 1915.
6. Binder, Philosophie des Rechts. 1925.
7. Binder, Die Gerechtigkeit als Lebensprinzip des Staates 1926.
8. Binder, Bespr. in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. XXII (1929), S. 309 ff.
9. Binder, Staatsraison und Sittlichkeit. Sonderheft der Deutschen Philosophischen Gesellschaft. 1929.
10. v. Bismarck, Fürst, Gedanken und Erinnerungen. 1898.
11. Bonnard, La doctrine de Duguit sur le droit et l' Etat. Revue internationale de la théorie du droit. H. I. (1926/27) S. 89 f.
12. Borchard, Zum 50. Geburtstag des Deutschen Reichsgerichts. Dt. Jur. Ztg. 1929, Sp. 1229 ff.
13. Bredt, Der Geist der deutschen Reichsverfassung. 1924.
14. Breiholdt, Das Grundrecht der Gleichheit vor dem Gesetz. Preuß. Verw. Bl. 47, S. 110 ff.
15. Bühler, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919. 1927.
16. Burckhardt, Jac., Weltgeschichtliche Betrachtungen. 1905.
17. Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung v. 29. Mai 1874. 1924.
18. Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht. 1909.
19. Darmstaedter, Die Unentbehrlichkeit der Rechtsphilosophie für den praktischen Juristen. Dt. Jur. Ztg. 1927, 1645 ff.
20. Dessauer, Recht, Richtertum und Ministerialbürokratie. 1928.
20a. Emge, Hegels Logik und die Gegenwart. 1927.
21. Emge, Das Apriorische im Recht. Arch. f. R. u. Wirtsch. Phil. 1928.
21a. Eucken, Ethik als Grundlage des staatsbürgerlichen Lebens. 1924.
22. Endemann, Zivilcourage und Strafrecht. 1925.
23. Feiler, Das Experiment des Bolschewismus, demnächst in Buchform, versch. Aufsätze daraus in der Frankfurter Zeitung 1929 Nr. 332—365 passim.
23a. Finger, Das Volksbegehren „Panzerkreuzer-Verbot" Dt. Jur. Ztg. 1929, 1369 ff.
24. Freyer, Theorie des objektiven Geistes. 1928.
25. Freyer, Der Staat. 1925.
26. Friters, Revolutiongewalt und Notstandsrecht. Rechtsstaatliches und Naturrechtliches. 1919.
27. Fuchs, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz. 1909.
28. Fuchs, Was will die Freirechtsschule? Aus: Deutsche Rechtsnot. H. 3. 1929.

29. Genzmer, Die schwedische Verfassung. In: Aus Schwedens Staats- und Wirtschaftsleben. 1925.
30. Genzmer, Staat und Nation. Marburger Akademische Reden. Nr. 47 1929.
31. v. Gerber, C. F., Ueber öffentliches Recht. Unveränderter Abdruck 1913.
32. Gerber, H., Geld und Staat. 1926.
33. Gerber, H., Bespr. in Jur. Wochenschr. 1926, 2515 ff.
34. Gerber, H., Bespr. in Arch. R. u. Wirtsch. Phil. 1928, 189 ff.
35. Gerber, H. Gesetz und Verfassung, Ztschrft. f. Ostrecht, 1929, S. 1 ff.
36. v. Gierke, O., Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. Schmollers Jahrb. f. Gesgebg., Verwaltg. u. Volkswirtschaft. VII, 1883, S. 1097 ff.
37. v. Gierke, O., Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. 1913.
38. Giese, Kommentar zur Reichsverfassung. 1925.
39. Goldschmidt, Gesetzesdämmerung, Jur. W., 1924, 245 ff.
40. Hatschek, Deutsches und preußisches Staatsrecht. 1922.
41. Haym, Hegel und seine Zeit 1857.
42. Hegel, Rechtsphilosophie u. a. Werke i. d. Sammlung „Die Herdflamme". 1927.
43. Heller, Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart. Arch. öff. Recht, 16 (1928/29) S. 321 ff.
44. v. Hertling, Graf, Recht, Staat und Gesellschaft. 1918.
45. v. Hippel, E., Zur Auslegung des Art. 109, Abs. 1 der Reichsverfassung, Arch. öff. R. 10, 124 ff.
46. v. Hippel, E., Bespr. in Arch. öff. R. 10, 401 ff. und 16, 119 ff.
47. v. Hippel, E., Ueber Objektivität im öffentlichen Recht, Arch. öff. R. 12. 393 ff.
48. v. Hippel, E., Sind sittenwidrige Gesetze ungültig? Dt. Jur. Ztg. 1928, 1517 ff.
49. Hoffmann, Bespr. in Dt. Lit. Ztg. 1929, 155 ff.
50. Holstein, Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft. Arch öff. R., 11, 1 ff.
51. Holstein, Veröffentlichungen der Vereinigg. Deutsch. Staatsrechtslehrer, H. 3, S. 55 ff.
52. Horneffer, Individualismus oder Kollektivismus als Weltanschauung. In: Das Problem der Wirtschaftsdemokratie, hsg. v. d. deutsch. Bergwerksztg. 1929, S. 21 ff.
53. Jellinek, Gg., Allgemeine Staatslehre. 1922.
54. Jellinek, W., Verwaltungsrecht. 1928.
55. v. Jhering, Zweck im Recht. 1877.
56. Junck, Das Reichsgericht und die Grundrechte der Reichsverfassung, Dt. Jur. Ztg. 1929, 1254 ff.

57. Jung, Edg. E., Die Wertgrundlage der Rechtserneuerung. Süddeutsche Monatshefte, 1929, H. 4. S. 258 ff.
58. Jung, Erich, „Positives" Recht. 1907.
59. Jung, Erich, Das Problem des natürlichen Rechts. 1912.
60. Jung, Erich, Bespr. in Krit. Viert. Js. Schrift. XXII, S. 183 ff.
61. Jung, Erich, Das sogenannte Gewohnheitsrecht als Grundfrage der Rechtsquellenlehre. Arch. f. R. u. Wirtsch. Phil. 1929, S. 227 ff.
62. Kallab, Le postulat de justice dans la théorie du droit. Revue internat. (cf. Nr. 11) I, S. 89 ff.
63. Kaufmann, E., Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. 1921.
64. Kaufmann, E., Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung, Veröff. d. Vereingg. Dt. St. R. Lehr. H. 3, S. 2 ff.
65. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. 1923.
66. Kelsen, Allgemeine Staatslehre. 1925.
67. Kelsen, Naturrecht und positives Recht. Revue internat (cf. Nr. 11) II, 71 ff.
68. Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivsmus. Veröff. d. Kant-Gesellsch. 1928.
69. Kelsen, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre Jur. W. 1929, 1723 ff.
70. Kipp, Humanismus und Rechtswissenschaft. 1912.
71. Kjellén, Der Staat als Lebensform. 1917.
72. Kjellén, Die Großmächte der Gegenwart. 1915.
73. Kjellén, Die politischen Probleme des Weltkrieges. 1916.
74. Koellreutter, Staatsrechtswissenschaft und Politik. Dt. Jur. Ztg. 1928, 1221 ff.
75. Koellreutter, Die Krisis der deutschen Staatslehre. Südd. Monatshefte. 1929, S. 306 ff.
76. Krabbe, Die moderne Staatsidee. 1919.
77. Krabbe, Der „innere" Wert des Rechts. Rev. internat. (cf. Nr. 11) I, 153 ff.
78. Kunz, Die Staats- und Rechtstheorie Léon Duguits, Rev. intern. (cf. Nr. 11) I. 140 ff.
79. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 1911.
80. Lasson, Was heißt Hegelianismus? (Veröff. cf. Nr. 68) 1916.
81. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz. 1925.
82. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz. Ein Nachwort Arch. öff. R. 12, 1 ff.
83. Levy, Die Hegel-Renaissance in der deutschen Philosophie. Veröff. cf. Nr. 68. 1927.
84. Lobe, Die Grenzen der Gesetzgebung, Leipzig. Ztschft. f. Deutsch. Recht. 1929, S. 865 ff.
85. Loening, Bespr. in Arch. öff. R. 13, 286.
86. v. u. zu Löwenstein, Individualismus und Kollektivismus als Triebkräfte in der Wirtschaft (cf. Nr. 52) 1929.

87. Löwenstein, Hegels Staatsidee. 1927.
88. Mach, Erkenntnis und Irrtum. 1926.
89. Maggiore, La Giurisprudenza pura e i suoi limiti. Rev. intern (cf. Nr. 11) I, 40 ff.
90. Manigk, Wie stehen wir heute zum Naturrecht? 1926.
90a. Manigk, Savigny und der Modernismus im Recht. 1914.
91. Manigk. Die Idee des Naturrechts. Festg. f. R. Stammler, 1926.
91a. Manigk, Art.: „Formalismus und Freirechtschule" im Hdwb. d. Rswisssch. Bd. 2, 1927.
92. Marschall v. Bieberstein, Frhr., Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze. 1927.
93. Mayer, M. E., Rechtsphilosophie. 1922.
94. Mehlis, Die Geschichtsphilosophie Hegels und Comtes. Jahrb. f. Soziologie, III, S. 91 ff.
94a. Mehlis, In: „Der Tag" vom 31. 10. und vom 23. 11. 1929.
95. Meinecke, Bespr. i. d. Histor. Zeitschrift, hsg. v. Meinecke und Brackmann, Bd. 140 (1929) S. 565 ff.
96. Merk, Die Ueberwindung des römischen Rechts. Südd. Monatshefte. 1929, S. 269 ff.
97. Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht, 1919.
98. Mezger, Sein und Sollen im Recht. 1920.
98a. Michaelis, Kann der Reichstag Gesetze, die im Wege des Volksentscheids erlassen sind, beliebig wieder aufheben. Dt. Jur. Ztg. 1929, 1451 ff.
99. Nawiasky, Mitbericht über: Die Gleichheit v. d. Ges. i. S. d. Art. 109 d. R. V. (cf. Nr. 64) Veröff. d. Verein. dt. StRL. 3, 26 ff.
100. Poetzsch-Heffter, Kommentar zur Reichsverfassung. 1928.
101. Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914.
102. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft 1925.
103. Richterverein des Reichsgerichts in Jur. W. 1924, 90.
104. Rümelin, Die Gleichheit vor dem Gesetz. 1928.
105. Rümelin, Die Gerechtigkeit. 1920.
106. Rumpf, Bespr. in Jur. W. 1926, 2513.
107. Sauer, Grundlagen der Wissenschaft und der Wissenschaften. 1926.
108. Sauer, Die Wirklichkeit des Rechts. ArchRWPhil. 1928, 1 ff.
109. Sauer, Lehrbuch der Rechts- und Staatsphilosophie. 1929.
110. v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (3) 1840.
111. Schlick, Allgemeine Erkenntnislehre. 1925.
112. Scheuner, Dynamik und Statik in der Staatsrechtslehre, Rev. intern (cf. Nr. 11) III (1928/29) S. 220 ff.
113. Schiffer, Die Deutsche Justiz. 1928.
114. Schönfeld, Ueber den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz. 1929.
115. Schmitt, C., Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung. 1926.

116. Schmitt, C., Bespr. in JurW 1926, 2270.
117. Schmitt, C., Verfassungslehre. 1928.
118. Scholz, Die Bedeutung der Hegelschen Philosophie für das philosophische Denken der Gegenwart. Veröff. (cf. Nr. 68, 1921).
119. Schreier, Eine französische reine Rechtslehre. Re. intern. (cf. Nr. 11) II, 57 ff.
120. Sinzheimer, Der Wandel im Weltbild der Juristen. Ztschft. f. soziales Recht. I, 1.
121. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht. 1928.
122. Smend, Mitbericht, s. Veröff. d. Verein. DtStRL., H. 4, 44.
123. Spann, Der wahre Staat. 1921.
124. Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 1923.
125. Stammler, Rechtsphilosoph. Abhandlungen. 1925.
126. Stammler, Die Lehre von dem richtigen Recht. 1926.
127. Stier-Somlo, Reichs- und Landesstaatsrecht. 1924.
128. Tasic, Le réalisme et le normativisme dans la science juridique Rev. intern (cf. Nr. 11) I. 165 ff.
129. Tatarin-Tarnheyden, Staat und Recht in ihrem begrifflichen Verhältnis. Festg. f. R. Stammler. 1926.
130. Tatarin-Tarnheyden, Rechtspositivismus und modernes Naturrecht in ihrer methodologischen Berechtigung. Ztschft. f. öff. Recht, VII (1927) S. 22 ff.
131. Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt. Festg. f. d. preuß. O. V. G. 1925.
132. Treitschke, Politik. Vorlesungen. 1897.
133. Triepel, Goldbilanzenverordnung u. Vorzugsaktien. 1924.
134. Triepel, Staatsrecht und Politik. 1926.
135. Walz, Das Rechtsproblem im Völkerrecht. Tübinger Diss.
136. Walz, Bespr. in Dt. Liter. Ztg. 1929, 435 ff.
137. Waldecker, Allgemeine Staatslehre. 1927.
138. Waldecker, Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts. Arch. öff. R. 13, 59 ff.
139. Wegner, Bespr. in JurW. 1929, 1454 ff.
140. Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie. 1914.
141. Windelband, Die Erneuerung des Hegelianismus. 1910.
142. Windelband, Lehrbuch der Geschichte der Philosophie. 1912.
143. Wolff, M., Reichsverfassung und Eigentum. Festg. für Wilh. Kahl 1923.
144. Wundt, Einleitung in die Philosophie. 1904.
145. Ziegler, Die geistigen und sozialen Strömungen des XIX. Jahrhunderts. 1911.
146. Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 1895.
147. Zorn, Die deutsche Reichsverfassung, 1907.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Das Problem. 12
Der Gegensatz: Positivismus / Idealismus.
Der Weg zur Lösung.
Die Bedeutung der Frage.

§ 2. Abgrenzung, Terminologisches. 16
Eine Vorbemerkung über den Rahmen der Untersuchungen.
Eine Vorbemerkung über ihre Ausdrucksweise.

§ 3. Der Positivismus. 17
Sein Ursprung.
Sein Wesen.
Seine Methode und Einstellung zur Frage nach der Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers.
Verdienste des Positivismus.
Kritik des Positivismus: Einseitigkeit.
Weitere Kritik: wissenschaftliche Unhaltbarkeit.
Versagen bei der Beantwortung der Frage nach der Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers.
Die Ablehnung des Positivismus wächst.

§ 4. Stammler. 39
Neukantianismus und Wiedergeburt der Rechtsphilosophie.
Stammlers System: „Stoff“ und „Form“ müssen zusammenwirken.
Rechtsbegriff, Rechtsidee, Rechtsideal.
Die Lehre von dem richtigen Recht.
Kritik und Ablehnung,

§ 5. Andere wichtige Richtungen. 46
Die „südwestdeutsche Schule“.
Soziologische, biologische, psychologische und verwandte Gruppen.
Der Relativismus.

§ 6. Hegelianismus. 48
Eine hegelianische Synthese wird gefordert.
Darstellung von Ausgangspunkt, Methode und System Hegels.
Hegels Rechts- und Staatsphilosophie.
Schicksal dieser Lehren.
§ 7. Hegel-Renaissance. 54
In der deutschen Philosophie überhaupt.
In der Rechtsphilosophie allgemein.
In der Staatslehre im besonderen.
§ 8. Stellungnahme zur Hegel-Renaissance. 64
Grundsätzliche Bejahung und Rechtfertigung.
Sie ist kein „modernes Naturrecht".
Hegels Fehler muß sie vermeiden.
Hegels Vorstellung vom Verhältnis der Philosophie zum Leben und zur Deutung des Wirklichen sind maßgebend.
§ 9. Ergebnis und endgültige Beantwortung der Frage. 74
Zu beachtende Grundsätze.
Auf Grund der gewonnenen staatsphilosophischen Ueberzeugung ist zu entscheiden.:
Der Gesetzgeber ist nicht selbstherrlich!

§ 1. Das Problem.

„Der Gesetzgeber ist selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden, als diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung oder in anderen Gesetzen gezogen hat".

Mit diesen Worten wird vom III. Zivilsenat des Reichsgerichts aufs Neue am 4. November 1927 [1]), wie *E. v. Hippel* hervorhebt [2]), „in aller Form das Grunddogma des Positivismus anerkannt". —

„Mehr denn je ist der Gesetzgeber heute in seinem Handeln gebunden" —

„Der Staat schafft nicht Recht, der Staat schafft Gesetze; und Staat und Gesetz stehen unter dem Recht"

sagen *H. Gerber* [3]) einerseits und *E. Kaufmann* [4]) andererseits — beide bekennen sich in mehr oder weniger bestimmter Form zu einem Rechts-„Idealismus".

Diese wenigen Sätze anzuführen, genügt, um darzutun, welche grundsätzlichen Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Frage bestehen, die den Gegenstand dieser Untersuchung bildet. Es genügt weiter auch, um das Problem und den Weg zu einer eindeutigen Beantwortung aufzuzeigen: sie kann nur dadurch erfolgen, daß man Stellung nimmt zu dem Stand der gegenwärtigen Geistesrichtungen, zu jener viel erörterten „Krise in der deutschen Staatsrechtslehre" [5]) — letzten Endes auch zur Krise des deutschen Geisteslebens und Denkens überhaupt, des deutschen Staatsbegriffes insbesondere, von der schon 1868 *Jacob Burckhard* vorahnend sprach [6]). Der Rechtspositivismus und der Rechtsidealismus sind die beiden großen Richtungen, die hier in so auffälligen Gegensatz zueinander treten — für eine von ihnen muß man sich entscheiden. Und da es sich um eine juristische Frage grundsätzlicher Natur handelt, kann der Streit über sie nur auf dem Boden der Rechts- und Staatsphilosophie endgültig ausgetragen werden [7]). Rechtsphilosophische Erwägungen bestimmen

[1]) E. Bd. 118, S. 327. — [2]) Dt. Jur. Ztg. 1928, Sp. 1518. — [3]) Zeitschr. f. Ostrecht. 1929. S. 5. — [4]) Veröff. d. Vereingg. Dt. St. R. Lehrer, Bd. III. (1926) — [5]) vgl. z. B. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht. S. 2. — Holstein, Arch. öff. R., 11, 1 ff. — Leibholz, Arch. öff. R. 12. 1 ff. — Koellreutter, Süddeutsche Monatsh. 1929, 306 ff. — Heller, Arch. öff. R. 16, 321 ff. — [6]) Weltgeschichtliche Betrachtungen, S. 135. — [7]) Sauer, Lehrbuch, S. 2.

also das Problem und seine Lösung, das im übrigen, jedoch unter ganz anderem Gesichtspunkt betrachtet, der vielerörterten Frage nach dem „richterlichen Prüfungsrecht“ [1]) parallel läuft. Die Darstellung der Hauptrichtungen und Strömungen in der Staatslehre, die erforderlich ist, um zu einer Entscheidung zu gelangen, wird dann auch zugleich erweisen, daß es durchaus keine „Geringschätzung des positiven Rechts und der Praxis“ ist, die die Entscheidung in den „hohen Regionen der Rechtsphilosophie“ herbeizuführen sucht [2]). Vielmehr wird sich zeigen, daß es eben keine positiven Verfassungs- oder sonstigen Gesetzesbestimmungen gibt, die für eine Entscheidung sonst in erster Reihe heranzuziehen und zu prüfen wären. War es doch auch in einem ähnlichen Falle nicht viel anders, nämlich bei der bekannten und von so vielen Seiten besprochenen [3]) Streitfrage, ob der Artikel 109, Abs. 1 der Reichsverfassung, der Gleichheitssatz, den Gesetzgeber binde oder nicht. Obwohl dort doch immerhin eine — wenn auch sehr knappe und vieldeutige — positive Verfassungsbestimmung vorlag, zeigte sich dennoch bereits damals in der ausgedehnten Aussprache, daß eine ganz eindeutige Stellungnahme nur dann zu gewinnen war, wenn man sich auf den einen oder den anderen Standpunkt der auch dort mit voller Schärfe zu Tage getretenen rechtstheoretischen Grundanschauungen stellte. Dort wie hier muß man sich dazu be-

---

[1]) Wichtigste Literatur: Anschütz, Komment. und Verw. Arch. 30, S. 346 ff. — Hatschek, Staatsr. 1, 27 ff. — Nawiasky, Bay. Verf. R. S. 368. Stier-Somlo, Staatsr. 1, 674 ff. — Schack, Prüfg. d. Rechtmäßigk. v. Gesetzen u. V. O.en. — Thoma, Arch. öff. R. 43, 267 ff. — Triepel, Arch. öff. R., 39, 536. s. auch d. unten zit. Entsch. des RG. — [2]) Loening macht in Arch. öff. R. 13, 286 der jüngeren Generation der Staatsrechtler daraus einen Vorwurf. — [3]) Da diese Streitfrage die Anregung zur vorliegenden Arbeit gegeben hat, soll auf die entstandene Literatur hingewiesen werden, wie: Aldag, D. Gleichh. v. d. Ges. in der R. V. - Anschütz, Komment. S. 301 ff. — Breiholdt, PrVerwBl. 47, 110 ff. — v. Hippel, Arch. öff. R. 10, 124 ff. — Holstein, ebd. 11, 1 ff. — W. Jellinek, Verwaltungsrecht. 155 f. — E. Kaufmann s. ob. — Leibholz, D. Gleichheit v. d. Ges., und: Arch. öff. R. 12, 1 ff. — Nawiasky, a. selb. O. wie Kaufmann — C. Schmitt und Smend in ihren neuest. Werken, — Rümelin, D. Gleichh. v. d. Ges. — Tatarin-Tarnheyden, Ztsch. f. öff. R. 7, 22 ff. — Thoma, Festg. f. d. preuß. OVG. — Triepel, Goldbilanzen VO etc. vgl. auch die Komment. von Arndt, Bühler, Giese, und Poetzsch-Heffter zu Art. 109.

kennen, ob man überpositive, über dem Gesetzgeber und Staat stehende Sätze annehmen will — oder ob man sie wie der Positivismus ablehnt.

Stellung aber muß genommen werden: Dafür ist die Bedeutung der Frage zu groß! Ist nämlich der Gesetzgeber selbstherrlich, so kann er ja einfach — nur auf diesen einen Punkt soll hier hingewiesen werden — wie z. B. auch das Reichsgericht einmal feststellt [1]), nicht nur selbst „ganz nach unbeengtem Ermessen, ja nach Willkür" Anordnungen treffen, die sogar gegen die guten Sitten verstoßen dürften. Vielmehr ist er dann sogar u. U. auch noch imstande, dies sein „Willkürrecht" durch verfassungsmäßige Delegation untere und unterste Organe ausüben zu lassen. Eine Ermessenshandhabung, wie sie der Rechtsprechung und Verwaltung als „Ermessensmißbrauch" streng untersagt ist, würde dann also dem Gesetzgeber gestattet sein. Er könnte ganz offensichtlich ungerechte Gesetze erlassen, unzweifelhaft unbillige Maßnahmen treffen, sofern er nur die formalen Bestimmungen nicht außer Acht läßt und über eine irgendwie gewonnene zuverlässige $^3/_4$-Mehrheit im Reichstag verfügt.

Nun ist sicherlich die Gefahr einer solchen Willkürherrschaft der gesetzgebenden Gewalt augenblicklich bei einigermaßen ausgeglichenen Verhältnissen nicht mehr allzu groß; aber man darf sich nicht darüber hinwegtäuschen, daß sie immer besteht. Von namhafter Seite ist ausgesprochen worden, einem jeden Parlament wohne nun einmal die Neigung zur Willkür inne [2]) — *Triepel* sagt einmal [3]) sehr scharf, es neige zum „demokratischen Zäsarismus". Ob man sich dem anschließen soll, braucht hier nicht untersucht zu werden, nötig ist es aber, an diese Mahnung zu denken. Man ist jetzt häufig nur allzu leicht geneigt, die Erinnerung an die Zustände der Nachkriegszeit zu verlieren, in der, namentlich auf Grund der zahlreichen Ermächtigungsgesetze, Verordnungen und Gesetze ergingen, die allgemein als ungerecht bezeichnet wurden. Es sei nur an *Goldschmidts* Aufsatz „Gesetzesdämmerung" erinnert und an jene bedeutsame Kundgebung

---

[1]) VI. Ziv. Sen. (1921) E. Bd. 102, 161. — [2]) J. Goldschmidt, Jur. W. 1924, 245 ff. — vgl. dazu Treitschke Politik, 2, 267 f. und: Bismarck, Gedanken und Erinnerungen, 2, S. 59 ff., 159 f. Endlich Genzmer, d. schwed. Verfassg. S. 47 ff. — [3]) In: Das neue Deutschland, H. III, S. 190.

des Richtervereins des Reichsgerichts, die damals doch überall großes Aufsehen erregten [1]). Oder man denke an die Unzuträglichkeiten, die aus einer schwankenden und uneinheitlichen Rechtsprechung höchster Gerichte damals gerade wegen der hier vorliegenden Frage entstanden, und die auch jetzt jederzeit entstehen können. Wie viel besser steht demgegenüber beispielsweise das höchste Gericht der Vereinigten Staaten von Amerika da, das ein jedes Gesetz wegen Unbilligkeit und Ungerechtigkeit für rechtsunwirksam erklären kann![2]). Und dabei hat das Reichsgericht doch seinerzeit selbst wiederholt, nicht nur früher[3]), sondern auch noch in diesem Jahre[4]) ein richterliches Prüfungsrecht anerkannt und damit im Grunde die Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers verneint! Mit dieser Einstellung und Praxis, nach der „an sich das richterliche Prüfungsrecht als feststehender Rechtssatz" gilt[5]), verträgt sich der im Anfang mitgeteilte Satz von der völligen Souveränität der gesetzgebenden Gewalt keineswegs, es bleibt hier ein innerer Widerspruch bestehen.

Diesen Bedenken gegenüber wäre es kurzsichtig jetzt der Frage nach der Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers keine Bedeutung mehr zuzumessen, weil sie sich nicht mehr so schroff auswirkt wie vor wenigen Jahren. Nicht weniger als je ist eine Entscheidung angebracht; sie soll hier versucht werden. Mit Recht sagte ganz kürzlich der frühere Senatspräsident des Reichsgerichts, *Lobe*, im Hinblick auf das auch hier angegriffene Urteil unseres höchsten Gerichts vom 4. November 1927[6]):

„In einer Zeit, in der das Parlament absoluter Gesetzgeber ist und kein anderes Organ da ist, das bei dem Zustandekommen eines Gesetzes mitzuwirken hat, ist es wohl angezeigt, sich einmal über die Grenzen klar zu werden, die dem Gesetzgeber gezogen sind, und die er nicht überschreiten kann oder nicht überschreiten darf".

Der Weg, um zu einen Ergebnis zu gelangen, ist nach dem im Anfang Gesagten vorgezeichnet, die Darstellung kann daher nunmehr ohne weiteres medias in res vordringen, indem sie sich mit den rechtsphilosophischen Grundrichtungen auseinanderzusetzen

---

[1]) Vgl. Jur. W. 1924, 38 ff., 245 ff. und Manigk, Wie stehen wir heute zum Naturrecht? S. 6. — [2]) Lobe, Lpz. Ztsch. 1929, 871. — [3]) Vgl. die Entsch.: v. 22. 2. 1924=E. 107, 320 und v. 4. 11. 1925=E. 111, 320. — [4]) Entsch. v. 19. 4. 1929, E. 124, 173. — [5]) Junck, Dt. Jur. Ztg. 1929, Sp. 1260. — [6]) Lpz. Ztsch. 1929, S. 865.

sich bemüht. Dabei wird sich bei der kurzen Darstellung dieser Anschauungen auch die Richtigkeit der einstweilen als bloße Behauptungen vorangestellten Sätze herausstellen, nach denen es im Wesen des Positivismus liegt, die Selbstherrlichkeft des Gesetzgebers zu bejahen, während der Rechtsidealismus sie folgerichtig verneint.

§ 2. Abgrenzung, Terminologisches.

Eine kurze Vorbemerkung erscheint jedoch noch notwendig.

So muß betont werden, daß die Darstellung sich nur befassen kann mit den besonders für das Gebiet des Staats- und Verfassungsrechts bedeutsamen rechtstheoretischen Hauptströmungen der Neuzeit. Und auch auf diesem engeren Gebiet läßt es der Rahmen dieser Arbeit nicht zu, erschöpfend auf sämtliche zu Tage getretenen Anschauungen einzugehen, es kann lediglich der Versuch gemacht werden, einen Querschnitt durch die Entwicklung zu bieten. Und es müssen daher auch nach Möglichkeit allgemeinere Betrachtungen ausgeschaltet werden, soweit sie nicht zum Verständnis unentbehrlich erscheinen. Im einzelnen ist besonders auf diejenigen Gegensätze eingegangen worden, die anläßlich der schon erwähnten Erörterung über die Bedeutung des Artikels 109 der Reichsverfassung zu Tage getreten sind. So wurden denn nur die für unsere Frage wichtigsten und am meisten kennzeichnenden Lehren ausführlicher dargestellt und gewürdigt, andere dagegen bloß im Anschluß an diese ersteren und mit wenigen Worten behandelt. Die Fülle des Stoffes, ohnedies übergroß, zwingt zu dieser Beschränkung.

Leider ist ferner gerade auf dem Gebiet der Rechts- und und Staatsphilosophie Terminologie und methodische Ordnung nicht einheitlich, wie ein kurzer, vergleichender Blick in verschiedene rechtsphilosophische Schriften ohne weiteres zeigt[1]). Hier soll deshalb bemerkt werden, daß im folgenden die Ausdrücke „Positivismus“ und „Rechtsidealismus“ im weitesten Sinne ver-

[1]) Ein Beispiel — statt vieler! — gibt die Behandlung und Benennung der „Positivisten“ bei: a. Stammler, Lehrb. d. RPhil. S. 41 ff. — b. M. E. Mayer, RPhil. S. 16 ff. — c. Tatarin-Tarnheyden, Ztsch. f. öff. R. 1927, S. 22 ff. — d. Walz. Das Rechtsproblem im Völkerrecht, S. 48 ff. — Sauer, JurW. 1926, 2509. Keine Darstellung deckt sich völlig mit einer der anderen!

wandt wurden, sodaß z. B. von den Lehrern des Staatsrechts zum Positivismus nicht nur die rein empirischen Positivisten gerechnet wurden, wie etwa *Laband*, und seine Schule, ferner *Anschütz, Nawiasky, Thoma, Genzmer* u. a. m., sondern auch *Gg. Jellinek* und alle ähnlichen Richtungen bis *Kelsen, Merkl* und *Sander* hin. Entsprechend weitgefaßt ist denn auch die Gruppe der Rechtsidealisten, von *Stammler* bis etwa zu *E. Kaufmann* oder *Binder* hin.

§ 3. Der Positivismus.

Nach dieser nicht zu vermeidenden Klarstellung ist zunächst der Positivismus zu betrachten, in seiner Auswirkung auf die deutsche Staatsrechtswissenschaft der letzten Jahrzehnte, mit besonderer Berücksichtigung der Stellungnahme zur Frage nach der Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers. Darauf muß kritisch für oder gegen ihn entschieden werden.

Bei der Darstellung des Positivismus verbietet es nach der soeben gemachten Vorbemerkung der Rahmen dieser Arbeit, ausführlich auf die rechtshistorische Auffassung, insbesondere *Savigny*'s einzugehen, die auch in dieser Hinsicht von größter Bedeutung ist. Es muß hier auf *Manigk's* Werk [1]) verwiesen werden, nur gelegentlich kann die Untersuchung auch hierauf zu sprechen kommen. Soweit es von ganz unmittelbarem Einfluß auf die jetzigen Hauptrichtungen gewesen ist, geht der Positivismus in der Staatslehre auf C. F. *v. Gerber* [2]) zurück, der das Programm für eine „Neue Schule" aufstellte. Dies wurde dann verwirklicht von *Laband*, „Gerbers geistigem Testamentvollstrecker" [3]), zumal in seinem großen Werk „Das Staatsrecht des Deutschen Reiches". *Laband* übte auf die gesamte Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit — auch auf die des Auslands — einen ungeheuer großen Einfluß aus [4]). Denn diese Zeit war durchaus positivistisch eingestellt, sodaß seine Anschauungen damals zweifellos allgemein vorherrschten, wenn sie auch andererseits von beachtlicher Seite angegegriffen wurden. So von *Hänel, Seydel, Edg. Loening* und ganz besonders von *Otto v. Gierke* [5]). In ihren Fortbildungen

[1]) Savigny und der Modernismus im Recht — [2]) Ueber öffentliches Recht, 1852. — [3]) So Triepel, Staatsrecht und Politik, S. 9. — [4]) Vgl. den Holländer Krabbe: Die moderne Staatsidee, und in Rev. intern. H. 1, S. 157. — [5]) „Johannes Althusius", vor allem aber die klassische Kritik i. Schmollers Jahrb. VII (1883) S. 1097 ff.

wie etwa durch *Gg. Jellinek* u. a. ist dieser „Gesetzespositivismus" — wie er am besten im Gegensatz zum „Methodenpositivismus" *Kelsens,* der anderen, später zu behandelnden Hauptrichtung der Positivisten, genannt wird — in der deutschen Staatslehre heute noch sehr verbreitet und bis jetzt wohl die herrschende Meinung, wie sie z. B. durch *Anschütz* vertreten wird. Der „Gesetzespositivismus" oder „Labandismus" ist seinem Ausgangspunkte nach ganz unphilosophisch eingestellt, als ein Kind seiner Zeit. Wurde doch in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Rechtsphilosophie allgemein angefeindet und wenig geachtet — auch solche Versuche, wie die „Allgemeine Rechtslehre" *Ad. Merkels* wird man nicht eigentlich als rechtsphilosophisches System bezeichnen dürfen.

Mit jener allgemein-philosophischen Anschauung des „Positivismus", die von *Comte* begründet worden ist, darf dieser juristische Positivismus denn auch nicht gleichgesetzt werden. Der weitere Begriff „Empirismus" ist schon kennzeichnender, er kann als Generalnenner dienen für alle empiristischen Richtungen dieser Art, die ihren Ausgangspunkt von der Erfahrung oder den Tatsachen des Bewußtseins nehmen, je nachdem ob der Schwerpunkt auf das Soziologische, Biologische oder Psychologische gelegt ist — sofern er eben immer nur einseitig hierauf gelegt worden ist. Gerade die letzteren stehen zumeist unter dem Einfluß solcher Denker wie *E. Mach*[1]) oder *M. Schlick*[2]), die ihren Ausgangspunkt von der Mathematik und den Naturwissenschaften nehmen. Bei ihnen herrscht der „enge Anschluß des Denkens an die Erfahrung"[3]) vor, und dementsprechend eine grundsätzlich induktive Denkweise. Der Blick erfolgt von unten nach oben, die Möglichkeit, ja, die Notwendigkeit allgemein-gültiger Regeln und Ordnungen wird nicht einfach abgelehnt, es werden aber doch in gewissem Umfange bedingende Begriffe, leitende Grundsätze und Gesichtspunkte geleugnet, jedenfalls wird eine wahre Rechtsphilosophie in dem Sinne eines „Bestrebens, vom Recht als einem einheitlichen Ganzen eine Vorstellung zu gewinnen" (*M. E. Mayer),* abgelehnt. Infolgedessen beschränkt der „Gesetzespositivismus" sich ganz bewußt auf den ihm vorliegenden

[1]) Irrtum und Erkenntnis, S. V. u. ö. — [2]) Allgemeine Erkentnislehre, S. V. ff., 14. u. ö. — [3]) Mach a. a. O. S. 200.

Stoff von Gesetzen, sonstigen Normen und Rechterscheinungen. Unbeachtet gelassen wird absichtlich der politische und vor allem der meistens sogar einfach weggeleugnete metaphysische Hintergrund von Staat und Recht, als nicht in die Rechtssphäre gehörend. Aeußerst kennzeichnend für diese rein empirische Grundeinstellung des Positivismus sagt *Nawiasky* einmal[1]: „Ich bin Skeptiker, d. h. Positivist . . . für mich ist das Gesetz das Prius, aus dem das Recht abgelesen wird". Weitergehend sagt der „Gesetzespositivismus" ferner noch: Alles Recht ist ausschließlich auf das Gesetz zurückzuführen, damit auch auf den Staat, der im Begriffe des Gesetzes vorausgesetzt werden muß. Dieser Gedanke findet sich in den verschiedensten Ausprägungen: So ist nach *v. Ihering*[2]) beispielsweise das Recht „der Inbegriff der im Staate geltenden Zwangsnormen": *Zorn*[3]) weicht davon nur insoweit ab, als er das Wesen des Staates wiederum nicht im Zwang, sondern in der „Herrschaft" sieht. *Gg. Jellinek*[4]) blieb dabei, daß er ebenso den Staat als Voraussetzung des Rechtes bezeichnete, andererseits bezog er wiederum den Begriff „Staat" auf das „Recht" zurück. Die hierin liegende Inkonsequenz, den so unvermeidlichen circulus vitiosus, suchte er durch seine Theorie von der „Selbstbindung" des Staates dann aus der Welt zu schaffen. Jedenfalls zeigt schon diese kurze Darlegung, daß der Positivismus notwendigerweise aus seinen Grundanschauungen heraus dazu kommen muß, die Allmacht eines souveränen, selbstherrlichen Gesetzgebers zu bejahen, auf dessen „Anerkennung", „Zulassung" nach vielen entsprechend dann auch das teilweise einem solchen Gesetzgeber gegenüber unbestreitbar sehr viel ältere Gewohnheits- oder Kirchenrecht beruhen soll — ein schon in der positivistischen römischen Rechtswissenschaft geäußerter Gedanke[5]). *Laband* selbst ging übrigens noch nicht so weit, er gab dem Staat auf dem Rechtsgebiet nur formelle, nicht auch materielle Allmacht. Aber er legte doch den Grund zu jener Anschauung, der nach *Gierke* „die Geschlossenheit der Rechtsordnung ein

[1]) Veröff. Verein. Dt. StRLehr. H. 3, S. 25. — [2]) Der Zweck im Recht, 1, S. 318. [3]) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. 1, S. 353. — [4]) Allgem. Staatsl. S. 274 — ebenso noch: Stier-Somlo. — [5]) Der Gedanke des „tacitus consensus" des Gesetzgebers, wie er z. B. in l. 32. § 1 Dig. de legibus erscheint.

Glaubenssatz ist und die zugleich diese Rechtsordnung allein auf den Willen des staatlichen Gesetzgebers gegründet".

Aus dieser Einstellung heraus kommt *Laband* und mit oder nach ihm die noch heute herrschende Richtung des „Gesetzespositivismus" zu seiner „rein juristischen" Methode, die, wenn auch immer mehr ausgebaut, den ursprünglichen Forderungen *C. F. v. Gerbers* entspricht. Nach ihm „muß von der privatrechtlichen Anschauung ausgegangen werden" in der staatsrechtlichen Wissenschaft, soll diese Lehre ganz im Sinne des Zivilrechts ausgestaltet werden, nach dessen bewährtem und durch die lange Beschäftigung mit dem römischen Recht vervollkommneten Vorbild. Demgemäß vermeidet solcher Positivismus „die Erörterung grundlegender verfassungsrechtlicher Begriffe, um die Verfassung nach Art eines bürgerlichen Gesetzbuches zu interpretieren" [1]). Er beschränkt sich auf das Auslegen der Gesetze und Verfassungsbestimmungen — induktiv werden Abstraktionen allgemeiner Art gewonnen, Begriffe und Definitionen; logisch-formale Konstruktionen werden mit Vorliebe betrieben von dieser „konstruierenden Jurisprudenz" (*Triepel*). Es ist die statische Methode und Anschauung in der Staatsrechtslehre, die im Gegensatz steht zur dynamischen. Wesentlich ist dieser statischen Anschauung, daß sie ihren Erkenntnisgegenstand als unveränderlich behandelt. Dies geschieht dadurch, daß der an sich in steter Veränderung begriffene Erkenntnisgegenstand fest eingefaßt wird in ein Entwicklungsschema oder ein logisches System, dem er von Natur zugehören soll, und so als gegebene Größe betrachtet werden kann [2]). Dagegen will umgekehrt die dynamische Betrachtungsweise die Erkenntnisgegenstände gerade in ihrer Bewegung, ihrer wechselnden Erscheinung festhalten und aus dem Wesentlichen, das in dieser ihrer Bewegung und Entwicklung zu finden ist, jeweils eine relative, die Entwicklung bedingende „Geisteslage", die für alle Entscheidungen maßgebend sein muß, erkennen — mehr oder weniger phänomenologisch. Der positivistischen, statischen

[1]) C. Schmitt, JurW 1926, 2270 mit Bezug auf Anschütz' Kommentar der R. V. — vgl. u. a. auch Koellreutter, Südd. Monatsh. 1929, S. 307. — [2]) vgl. dazu Scheuner, Dynamik u. Statik in der StRL. Revue internat H. 3. S. 220 ff. (246), der das hier auch im Mittelpunkt stehende Problem unter diesem Gesichtspunkt betrachtet.

Lehre erscheint nun hier auf dem Gebiet des Staatsrechts das ganze Rechtssystem als ein festgegründetes, d. h. als starr und auf formallogischen Kategorien beruhend. Das geschichtliche Werden und Vergehen, das die Inhalte der Normen wandelt, berührt den Positivismus nicht, da er sich einfach an das jeweils Gegebene als vorhanden seiend hält. Lange Zeit leugnete man aus dieser uneingestandenen Anschauung heraus jegliche „Lücken" im Recht ab, verwarf jedes Gewohnheitsrecht grundsätzlich. Die Rechtsbegriffe werden noch jetzt unter dem Einfluß naturwissenschaftlich- mathematischer Logik und unter gänzlicher Zurückdrängung des Entwicklungsgedankens und der dynamischen Betrachtungsweise wie ein für allemal feststehende, eindeutig bestimmte Gattungsbegriffe behandelt. Am logisch-mathematischen Wissenschaftsideal werden alle politisch-juristischen Begriffe gemessen — übrigens ein schon von *Leibnitz* unternommener Versuch. Zweifellos ist dieser Geist der juristischen Begriffslogik auf die Dogmatik des römischen Rechts zurückzuführen [1]), in seiner ausgeprägtesten Form auf die mittelalterliche Scholastik, wie *Jung* [2]) dargelegt hat. Kennzeichnend für diese Einstellung ist das unbedingte Vorherrschen der „Subsumtionstheorie", nach der die Verbindung der Rechtsnorm mit dem Leben durch Unterstellung eines Tatbestands unter die Rechtsnorm, den juristischen Tatbestand, erfolgt [3]). Das Ideal eines jeden Juristen, auch des juristischen Staatsmannes und Staatsrechtlers, ist demgemäß derjenige, der logisch, kühl-rechnerisch und klar denkt, der scharfsinnige Mathematiker, welcher meisterhaft eine „juristische Geistesgymnastik" [4]) beherrscht — mag er auch sonst einseitig begabt sein und seine Fähigkeit sich eben auf diese seine Subsumtionsgabe beschränken: ein „richterlicher Gesetzesautomat" (*Jung*). Dieser „Typ" soll auch für den Staatsrechtler vorbildlich sein. Das ist erklärlich, denn der Positivismus will ja alles nicht reinjuristische auch auf dem Gebiet der Staatslehre ausschalten, scheut und verachtet vor allem jede „politische" Betrachtung als mythologisch und unwissenschaftlich. So entsteht — bezeichnend üb-

[1]) Vgl. Schiffer, Die deutsche Justiz, S. 77 und Merk, Die Ueberwindung des römischen Rechts. Süddtsch. Monatsh. 1929, S. 269. — [2]) Die Ueberwindung des Scholastizismus im Rechtsleben. Süddt. Monatsh. 1929, S. 272 ff. — [3]) Vgl. dazu v. Hippel, Arch. öff. R. 12, S. 401 ff. — [4]) So: Lucas-Ebermayer, Anl. z. strafrechtl. Praxis, Bd. 2 S. 112.

rigens gerade für die deutsche Staatsrechtslehre im Gegensatz zumal zur angelsächsischen, in der Politik und Staatsrecht von jeher stets zusammenfallen [1]) — eine sehr scharfe Trennung zwischen Rechtslehre und Politik [2]). An einem bestimmten Punkte hört für den Positivismus die Sphäre des Rechts auf, und beginnt diejenige der Politik, die den Juristen „als solchen" nichts angehen soll; diese scharf gezogene Grenze muß nach den ganzen entwickelten Ansichten dort liegen, wo die letzten positiven Normen aufhören. Das ist von besonderer Bedeutung für die Stellungnahme gegenüber dem Gesetzgeber, für die Frage nach der Selbstherrlichkeit der „gesetzgebenden Gewalt". Danach gehört das Verfahren der Normsetzung noch zum Gebiete des Rechts, weil es — durch die Verfassung und sonstige verfassungsrechtliche Gesetze — normiert ist. Diese formellen Bestimmungen darf der Gesetzgeber nicht verletzen, und es besteht ein Prüfungsrecht des Richters dahin, ob ein Gesetz in den von der Verfassung vorgeschriebenen Formen zustande gekommen ist. Nicht aber gehört grundsätzlich zum Gebiete des positiven Rechts der Inhalt der Grundnormen von Gesetz und Verfassung, ihn festzustellen ist etwas durchaus „Politisches", der rechtlichen Kritik entzogen und vielmehr ganz ins Ermessen des Gesetzgebers gestellt. Der ist also prinzipiell selbstherrlich. Seine Selbstherrlichkeit wird nur eingeschränkt durch einige ausdrückliche, positive, normierte Bestimmung des Verfassungsrechts, wie etwa durch diejenigen Grundrechte der deutschen Reichsverfassung, welche ohne „Vorbehalt des Gesetzes", unmittelbar für den Staatsbürger wirken. Das sind noch die wirksamsten Schranken in dieser Art, aber auch über sie kann der Gesetzgeber kühn hinwegsteigen, wenn er, z. B. der deutsche Reichstag, eine unbedingt sichere $^2/_3$-Mehrheit aufbringen kann (Art. 76 R. V.).

Diese Grundgedanken des „Labandismus" sind die des Positivismus überhaupt, mag er sich auch in mancher Hinsicht anders entwickelt haben, so der „Gesetzespositivismus" von *Gg. Jellinek*, der ebenfalls von großer Bedeutung geworden ist. Das zeigt sich denn auch gleich in dem, was *Jellinek* über die Stellung des Gesetzgebers sagt [3]). Während nach ihm allgemein

[1]) Sauer, Lehrb. S. 89. — [2]) S. vor allem Triepels Rektoratsrede: „Staatsrecht und Politik". — [3]) Allg. Staatsl. S. 620 f.

zu unterscheiden ist zwischen freier und gebundener Staatstätigkeit, ist allerdings die Gebundenheit „am geringsten . . . für die Rechtsetzung selbst, allein auch bei ihr nicht gänzlich ausgeschlossen" — Einschränkungen sieht er jedoch lediglich in völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Normen allein; „inhaltliche Bestimmungen der Rechtsetzung" sind dagegen nur dann möglich, „wenn eine höhere Rechtsquelle einer unteren die Schaffung von Normen anbefiehlt" so z. B. im Verhältnis von bundes- und gliedstaatlicher Norm, oder von Gesetz zu Verordnung. Irgendwelche andere, bindende Einschränkungen gegenüber dem Gesetzgeber, außer- oder überpositive, jedenfalls nicht normierte Schranken kann auch diese Abart des Gesetzespositivismus nach ihrer ganzen Einstellung nicht anerkennen. Dennoch geht diese neuere Richtung insoweit über den eigentlichen Gesetzespositivismus hinaus, als sie erkennt, daß sie sich nicht mehr bloß mit dem Auslegen einer bestimmten Verfassung begnügen darf, sondern auch andere nicht positivrechtliche Probleme für eine „Allgemeine Staatslehre" entstehen können: das ist vor allem das Verhältnis des Staates zu den „politischen" Realitäten und dann das Verhältnis zum „Recht". Das erstere glaubt man (besonders an *Jellinek* ist hier gedacht) dadurch lösen zu können, daß man einen „Dualismus" in die Staatslehre bringt, indem man diese teilt in eine Soziallehre des Staates und in eine Staatsrechtslehre [1], also immer mit zwei verschiedenen Staatsbegriffen nebeneinander und durcheinander arbeitet. Wie das Verhältnis des Staates zum Recht erklärt wird, wurde bereits gezeigt.

Dagegen wendet sich *Kelsen*, das Haupt der „Wiener Schule", hier „Methodenpositivismus" genannt. Seine Lehre ist konsequentester Positivismus — vom Standpunkte eben des Posivitivismus aus, dessen Grundgedanken auch er sich zu eigen macht, ist sie die einzig richtige und letzte Folge, die zu ziehen ist, weil sie unnachsichtlich strikt durchgeführt wird, in einem formallogisch bewundernswert klarem Aufbau. Das geistige Rüstzeug erhält das System aus den Lehren der neukantischen Rechtsphilosophie. *Kelsen* geht wie *Stammler* durchaus von Kantischen Erkenntnissen aus, dazu ist er allerdings auch stark beeinflußt durch den Empiriokritizismus. Das macht sich in der Ausge-

[1]) Vgl. Koellreutter. Südd. Mon. H. 1929, S. 307.

staltung seiner Lehre bemerkbar, die ausgesprochen positivistisch ist, auch die „Methodenpositivisten" wollen lediglich „den positiven Bestandteil eines Rechtssystems aus sich heraus verstehen"[1]), ausschließlich die stoffliche, gegebene Seite anerkennen, nämlich das „positive Recht", also alles geschichtliche Recht in seinem besonderen Auftreten, oder: besondere Bestrebungen, die rechtlich geordnet sind (*Stammler*). Den letztgenannten „dualistischen" Versuchen *Jellineks* gegenüber weist er überzeugend nach, daß man, wenn man schon das „Recht" positiv-rechtlich begründen will, weder den Staat auf das Recht, noch das Recht auf den Staat zurückbeziehen und gleichzeitig beide Begriffe jeweils zur Voraussetzung des anderen machen kann. Sondern man muß nach ihm notwendig Staat und Recht gleichsetzen und sagen, daß „Staat und Recht zwei Seiten desselben sind". Dies ist *Kelsens* Ansicht[2]) — ihm folgt u. a. auch *Radbruch*[3]) hierin — und es ist in der Tat die letzte uud einzig richtige Folgerung, die aus den Grundgedanken des Positivismus zu ziehen ist. Ebenso ist es durchaus folgerichtig in diesem Sinne, wenn *Kelsen* den „Dualismus" bei *Jellinek* verwirft, den Staat lediglich mit der Rechtsordnung gleichsetzt und alle politischen, sozialen, wirtschaftlichen, geschichtlichen und soziologischen Erwägungen grundsätzlich radikal ausmerzen will, als Zweckerörterungen, Zweckjurisprudenz, „metajuristisch" verwirft, um demgemäß (wie etwa der *Kelsen*-Schüler *Schreier* es durchführt) bei mathematischen Formeln zu endigen, mit deren Hilfe die Staatslehre betrieben werden soll. Dieser Purismus, dieses „normlogische System" schafft somit eine klardurchdachte philosophische Rechtslehre, verzichtet aber ganz bewußt darauf, die Probleme, die aus dem Verhältnis des Staates zum Politischen, Sozialen, Wirtschaftlichen usw. entstehen können, zu erörten. Nur noch als normlogisches Funktionensystem und Gedankengebäude, nicht aber als soziale Wirklichkeit will die „reine Rechtslehre" den Staat kennen, wiederum in konsequentester Verfolgung der positivistischen Grundanschauungen. Diese Folgerungen zieht die herrschende Staatslehre in Deutschland ja nun allerdings nicht mit, sie bleibt „Gesetzespositivismus", konstruktiv, wie sie oben geschildert wurde, sucht sie

[1]) Holstein, Arch. öff. R. NF. 11, S. 32. — [2]) z. B. Allgem. Staatsl. S. 7ff. — [3]) Grundzüge der RPhil. S. 83, Einführg. S. 45.

„den jeweiligen politischen Machtverhältnissen ihre rechtstechnische Form zu geben“ (*Koellreutter*), ohne so abstrakt zu werden wie der Purismus.

Aus dem hier Gesagten ergab sich jedoch, daß diese Abweichungen nur durch die Ausgestaltung der jeweiligen Lehren bedingt sind. Verbunden sind alle positivistischen Richtungen dadurch und gemeinsam ist ihnen das, daß die Grundgedanken des Positivismus sie in gleicher Weise beherrschen. Eine Kritik dieser Grundeinstellung rechtfertigt daher im folgenden auch eine gemeinsame kritische Betrachtung von „Gesetzes- und Methodenposivitismus“, wenn sie auch in Einzelheiten mehr die eine, weniger die andere Anschauung treffen mag und umgekehrt.

Diese Kritik des Positivismus fällt zu seinen Ungunsten aus. Der Positivismus ist, so wie er sich entwickelt hat, für die Staatslehre abzulehnen. Umsomehr sollen hier noch seine Verdienste hervorgehoben werden und damit auch dasjenige, worin er vorbildlich ist. Wenn angedeutet werden soll, wieviel Wertvolles und von der Wissenschaft allgemein Anerkanntes gewonnen und geschaffen worden ist, so braucht zunächst nur an Namen erinnert zu werden wie *Laband, Jellinek, Zorn, O. Mayer, Kormann* — um von noch lebenden und lehrenden bedeutenden Staatsrechtlern ganz zu schweigen. Ja, man kann sagen, daß der Positivismus notwendig war, „um die deutsche Rechtswissenschaft auf die stolze Höhe hinaufzuführen, die sie erreicht hat“ [1]). Dies gilt vor allem für die Methode: sie wurde in mustergültiger Weise von den Positivisten für das öffentliche Recht ausgebildet, sodaß sie geeignet ist, auch von anderen Geistesrichtungen als wertvolles wissenschaftliches Werkzeug verwandt zu werden, Sie half gegenüber den realistisch-materialistischen Strömungen des ausgehenden vorigen Jahrhunderts den Gedanken des Staatsrechts als einer Rechtswissenschaft zu betonen, anderseits war es mit ihrer Hilfe *Bergbohm* möglich, die Auswüchse naturrechtlicher Strömungen zu bekämpfen, die sich trotz *Savigny* immer wieder bemerkbar machten und endlich diente sie auch gegenüber den Auswüchsen des Freirechtsgedankens — dies ganz besonders im Interesse der Rechtssicherheit — zur wirksamen Bekämpfung.

[1]) M. E. Mayer, Rechtsphilosophie. S. 18.

In der Wahrung der Rechtssicherheit gerade findet der Positivismus seine sittliche Berechtigung, für ihn ist „die Gerechtigkeit die zweite große Aufgabe des Rechts, die erste aber die Rechtssicherheit, der Friede“ [1]). Psychologisch erklären läßt sich die vorherrschende Stellung des Positivismus vor allem aus der ganzen Geisteslage, besonders der des „wilhelminischen“ Zeitalters, in der Staatslehre zumal aus einem gewissen Gefühl der „Saturiertheit“ und der Sicherheit heraus: man sah die Bismarcksche Verfassung, die Zustände des mächtigen deutschen Reiches als unbedingt feste, gegebene Größe an[2]). Andererseits fürchtete man, gänzlich auf den unsicheren Boden subjektiver Weltanschauungen zu geraten, wenn man sich nicht fest an einen positiven Maßstab hielt. Das hängt eben teilweise auch wieder mit einer gewissen Geringschätzung der Rechts- und Staatsphilosophie zusammen, die doch von sich aus nichts selber hervorbringen, nichts Positives schaffen könne. Und die spätere Entwicklung ist nur die natürliche Folge der Grundanschauungen.

Trotz der geschilderten unbestreitbaren großen Verdienste ist der Positivismus aber dennoch in seinen „reinen“ Erscheinungsformen, wie schon gesagt, abzulehnen. Immer noch gelten zu einem großen Teil vollkommen mit Recht die Vorhaltungen, die schon 1883 *O. v. Gierke Laband*s Werken machte. Nach ihm überschätzen die Positivisten zunächst den Wert der formalen Logik und der Methode. Diese ist von sich aus nicht imstande, materielle, reale Wahrheiten hervorzubringen. *Mach,* der als biologisch-psychologischer Empiriker doch zum Positivismus in dem hier verstandenen weitesten Sinne zu zählen ist, sagt selbst mit Recht, „wie wenig die Kenntnis (der logischen) Formen allein nützt. Sie kann allenfalls dazu dienen, einen Gedankengang nachzuprüfen, nicht aber einen neuen zu finden“ [3]). Wie recht *Gierke* mit seinen Befürchtungen hatte, sieht man jetzt an dem normlogischen System *Kelsens,* jener folgerichtigsten Fortbildung des Positivismus auf Grund der erkenntniskritischen Methode, von dem *Smend*[4]) neuerdings sagt, daß es „einen ganz

[1]) Radbruch, Einführung in d. R. Wissensch. S. 34. Gerade dieses Buch vertritt die sittl. Rechtfertigung solcher Gedanken besonders eindringlich und überzeugend. — [2]) ganz anders dachte Bismarck selbst hierüber: dazu vgl. Rothfels, Dt. Lit. Ztg. 1929, 2304 ff. — [3]) Erkenntnis und Irrtum, S. 181 — [4]) Verfassung und Verfassungsrecht, S. 4.

bewußt erreichten Nullpunkt an sachlichem Ergebnis“ darstellt; man darf in einer praktischen Wissenschaft wie in der Jurisprudenz eben nicht „Methode lediglich um ihrer selbst willen treiben“ [1]). Weiter verfällt der Positivismus im Grunde in den selben Fehler, in den die Naturrechtler der Aufklärungszeit verfallen sind: maßlose Ueberschätzung des Rationalen. Hier sollten doch die historische und auch die wenigstens in dieser Beziehung durchaus anzuerkennende materialistische Geschichtsauffassung eines besseren belehrt haben. Man kann die rechtlichen Gesetze nicht ungestraft den naturwissenschaftlichen oder mathematischen gleichstellen, — ein Vorwurf, der insbesondere den „Purismus“ trifft! — diese Ansicht bekämpfte schon *Hegel* [2]) in seiner Rechtsphilosophie. Im Staatsrecht ist es ferner ganz besonders verhängnisvoll gewesen, in der Art der Positivisten alle kausalen Erwägungen auszuschließen, denn das Recht wächst nie aus sich allein, sondern es wurzelt immer auch in „metajuristischem“ Boden; wie ein einziger Blick in das wahre Leben, in die Wirklichkeit jedem zeigen muß — gegen diese Lehre wenden sich auch ganz besonders, und zwar mit Recht, die Freirechtler, von deren z. T. sehr scharfen Angriffen hier nur auf die Werke des kürzlich verstorbenen *Ernst Fuchs* hingewiesen werden soll [3]). Auch *Kipp* sagt einmal [4]), — um auch eine Stimme aus wesentlichem anderem Lager sprechen zu lassen —:

„daß die naturwissenschaftliche Betrachtungsweise auf rechtliche Erscheinungen unanwendbar ist und zu der größten Verwirrung führt“.

Um so mehr angreifbar ist diese Methode weiter aber noch aus dem Grunde, daß sie viel naturalistischer und enger als die Naturwissenschaft selbst ist [5]), nur und ausschließlich bloße Gesetzmäßigkeiten als Erkenntnisziel anerkennen will, während doch „selbst die moderne Naturwissenschaft unerklärbare Elementarvorgänge und Anfangskonstellationen anerkennt, die als gegeben hingenommen werden müssen“ (*Heller* [6])), wie dies auch in der Mathematik, die sich bekanntlich jetzt auch von den Absolutis-

---

[1]) Mezger, Sein und Sollen im Recht, S. 30. — [2]) ed. v. Lasson, Sammlg. „Die Herdflamme“, S. 451, Anm. — [3]) Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz. od. Was will die Freirechtschule? — [4]) Humanismus und Rechtswissenschaft S. 19. — [5]) v. Hippel, Arch. öff R. 12, 393. — [6]) Arch. öff. R. 16, 328.

men der Euklidschen Geometrie loszumachen beginnt, in ähnlicher Weise zu beobachten ist. Die rein erkenntnistheoretisch-logischen Vorzüge und Erfolge des so arbeitenden, vornehmlich also des „normlogischen" Positivismus werden durchaus nicht allgemein verkannt, wie *Kelsen* kürzlich feststellen zu müssen glaubte[1]), es wird auch nicht verkannt, daß seine Lehre sich ganz bewußt darauf beschränkt, lediglich registrierenden Charakter zu haben, bloße Theorie des positiven Rechtes zu sein, aber nicht beansprucht, Einfluß auf die Gestaltung und das Werden des Rechts zu haben, weil sie dies Ziel für unerreichbar für eine echte „Wissenschaft" hält. Die darin liegende Resignation kann aber keineswegs befriedigen und man muß *Heller*[2]) zustimmen, wenn er betont, daß

„gerade mit der Forderung logisch-mathematischer Objektivität die Würde und der Wert der Geisteswissenschaften herabgesetzt wird, daß geisteswissenschaftliches Denken immer auch schöpferische Setzung, subjektive Entscheidung sein muß".

Was soll man denn aber im Staatsrecht mit einer solchen, notwendig unfruchtbaren Theorie anfangen, vor allen Dingen augenblicklich, da wir in einer Zeit stehen, die dauernd Neues bringt, alte Rechtseinrichtungen beseitigt?

Dies letztere Argument spricht übrigens auch gleichzeitig, wie nur kurz erwähnt werden soll, gegen weitere Grundansichten des Positivismus, nämlich einmal gegen das immer noch nicht überwundene Dogma von der Geschlossenheit des geltenden positiven Rechts, und dann gegen jene statische Auffassung des Rechts, die oben erwähnt wurde. Es soll aber damit nun nicht gesagt werden, daß lediglich dieser unjuristische Boden in umgekehrter Einseitigkeit zum Ziele der Betrachtung zu nehmen sei — diese Einseitigkeit ist wieder ein Fehler, zu dem diejenigen juristischen Empiriker neigen, die wie etwa *Gumplovicz*, das soziologische Element so betont in den Vordergrund stellen. In diesem Zusammenhang muß denn auch auf die nicht weniger verfehlte Einseitigkeit der stark empirisch eingestellten biologischen, rein-historischen oder psychologischen Gruppen hingewiesen werden: sie unterliegen ihrer Einstellung nach mehr oder weniger demselben Fehler. Besonders verhängnisvoll besonders für den „Labandismus" und den „Purismus"

[1]) Jur. W. 1929, 1723 ff. — [2]) a. a. O. S. 322, vgl. auch Wegner, Jur. W. 1929, 1454.

ist aber die Trennung der Rechtslehre vom Leben, die sich gerade im Staatsrecht auswirkt in der scharfen Trennung der Staatswissenschaft von ihrem Gegenstand, dem Staate selbst, von dem sie ja lediglich das System der Verfassungsbestimmungen kennen und bearbeiten will, während sie alles andere, zumal die „Politik", im weitesten Sinne verstanden, ausschaltet. Es droht die Gefahr, daß diese Geistesrichtung „das Recht sterilisiert und seine Vitamine tötet" (*Krabbe*[1]) und daß so „das Staatsrecht verknöchert und erstarrt" (*Gierke*) — diese Gefahr ist aber vor allem im Verfassungsrecht besonders bedeutsam und ernst zu nehmen, denn hier steht man doch gewissermaßen an der Wiege des positiven, gesetzten oder anerkannten Rechtes, das als geltendes Recht in erster Reihe das Leben zu regeln hat. Nicht unterschätzt werden darf außerdem auch noch der Umstand, daß ein Umsichgreifen der positivistischen Gedanken in dieser Ausgestaltung weitergehend die Staatsfremdheit der Deutschen zu steigern geeignet ist, die ohnehin schon groß genug ist. Für *O. v. Gierke*[2]) das Schwerwiegendste und Schlimmste aber war die Unterdrückung der Rechtsidee durch den Positivismus, der Rechtsidee, dieses wertvollsten Erbes der naturrechtlichen Theorien, das man nach ihm lieber „in die positivistische Rechtsauffassung hineinarbeiten sollte", statt es daraus zu verbannen. Wie machtlos gegenüber dem historischen, wirklichen Leben, und wie unfruchtbar[3]) letzten Endes der Positivismus in seiner vollkommensten Form ist, wurde gezeigt, „es ist eben unmöglich, die normative Methode in ihrer Reinheit zu bewahren".[4]) Es soll hier statt längerer Erörterungen nur noch ein Wort *Savigny's*[5]) folgen, der dies bestätigt:

„Das Recht nämlich hat kein Daseyn für sich, sein Wesen vielmehr ist das Leben der Menschen selbst, von einer besondern Seite angesehen. Wenn sich nun die Wissenschaft des Rechts von diesem ihrem Objecte ab-

[1]) Krabbe, Revue internat. d. l. théorie du droit, I, S. 156 f. — [2]) vgl. „Althusius" S. 366; i. Schmollers Jahrb. VII, S. 1116, 1119. — [3]) s. z. B. Maggiore, Rev. intern. d. l. théor. d. droit ff. I, S. 45: „la dogmatica o scienza giuridica sistematica non esaurisca tutta la vita del diritto" — über den Positivismus: „può dirsi pura, ma la sua purezza somiglia tavolta all' impotenza e allà vuotaggine". — [4]) Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphil. S. 174. — [5]) Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. S. 30.

löst, so wird die wissenschaftliche Thätigkeit ihren einseitigen Weg fortgehen können, ohne von einer entsprechenden Anschauung der Rechtsverhältnisse selbst begleitet zu seyn; Die Wissenschaft wird alsdann einen hohen Grad formeller Ausbildung erlangen können, und doch alle eigentliche Realität entbehren."

Es ist, als habe *Savigny* vor fast 100 Jahren die Entwicklung des Positivismus in der Ausgestaltung der Wiener Schule vorausgesehen. Hat diese doch in Wahrheit mit dem Staat, so wie er wirklich ist, nichts mehr zu tun!

Wurden bisher die Einseitigkeiten der positivistischen Richtungen bemängelt, so soll im folgenden zunächst kurz darauf hingewiesen werden, inwiefern diese Mängel den Positivismus wissenschaftlich unhaltbar machen. So können die rein empirisch eingestellten Positivisten aus ihren eigensten ursprünglichen Gedankengängen heraus nicht ohne weiteres zu einem wissenschaftlichen System im eigentlichen Sinne gelangen, zu einem regelrechten Bauplan, nach dem sie die von ihnen zusammengetragenen Bausteine sinnvoll aufrichten. Sie müßten dann einmal vom Gegebenen zum Geistigen und Gesetzmäßigen übergehen, und hier würden sie einfach scheitern, wenn sie keine Anleihen beim Geistigen und beim Werthaften machten. Sonst könnten sie nicht „vom bloßen Objekt zum Wert und zum Gesetz gelangen" [1]). In der Tat müssen ihre Vertreter das denn auch zugeben, und in Wahrheit anders verfahren, als die von ihnen vorgebrachten Grundregeln des Positivismus lauten, — sofern sie eben nicht bewußt und ehrlich darauf verzichten, ein wissenschaftliches System zu erstreben. Gewiß ist die Scheu vor leeren Spekulationen und deren Ziellosigkeit und Unfruchtbarkeit gebührend zu würdigen, man braucht aber deswegen doch nicht zu resignieren. Und wenn z. B. *E. Mach* diesen Standpunkt damit verteidigt [2]), daß er sagt: „wer garantiert uns, daß wir bei unseren Abstraktionen die richtigen Umstände beachten und gerade die gleichgültigen unbeachtet lassen" — so ist das sicherlich zutreffend. Aber wer garantiert denn umgekehrt für die Richtigkeit des rein induktiven Verfahrens, kann das nicht ebenfalls zu genau denselben Fehlern führen? Man darf sich eben weder auf die eine, noch auf die andere Methode allein beschränken. Damit im Zusammenhang

[1]) Sauer, Grundlagen der Wissenschaft etc. S. 382. — [2]) Erkenntnis und Irrtum, S. 140, vgl. auch S. 139, 154, 187.

steht das schon berührte Grunddogma der Geschlossenheit des positiven Rechtes. *Manigk*[1]) legte vor kurzer Zeit wiederum dar, daß heute „die Lückenhaftigkeit des jus positivum nicht mehr bezweifelt" wird, es wird „von keiner dicht schließenden Mauer umgeben". Das ist auch allgemein anerkannt, und umso inkonsequenter erscheint die Haltung der Positivisten, die auf ihrem Standpunkt beharren, obwohl diesem damit der Boden entzogen ist. Es ist dann doch der Gedanke eines außerpositiven Rechtes, die Idee davon wenigstens nicht mehr von der Hand zu weisen. Weiter aber muß aus diesen seinen angedeuteten Grundfehlern heraus jeder ausgesprochene Positivismus daran scheitern, daß er nicht im Stande ist, den von ihm dauernd zu Grunde gelegten Begriff des Rechtes und des Staates überhaupt nachzuweisen. *Stammler* vergleicht ihn[2]) daher mit der Raupe, die nur „ihr" Blatt benagt, ohne sich um Wurzeln und Stamm des Baumes zu kümmern, auf dem sie kriecht.

Nach *Heller*[3]) weiß

„kritischer und unkritischer Positivismus der bürgerlichen Staatslehre über das Wesen des Staates nicht mehr auszusagen, als daß er einen Herrschaftsverband oder eine Zwangsorganisation darstellt. Die Frage nach dem Sinn oder Zweck des Staates ist als teleologische also metaphysische Frage verpönt".

Damit ist aber bloß eine Formel gegeben zur Betrachtung einer einzigen Seite oder Eigenschaft des Staatsgebildes, dessen konkrete Ganzheit auf diese Weise überhaupt nicht begriffen werden kann. Ebenso wird auch der Begriff des Rechts hier immer vorausgesetzt und kann nach der rein empirischen Einstellung garnicht gewonnen werden — nämlich lediglich aus den positiven Normen und Rechtsinstituten. Denn nach positivistischer Anschauung kann doch das Recht nur auf den Staat zurückbezogen werden — aber: der Staat ist doch seinem Wesen nach schon ein rechtlicher Begriff, setzt das Recht begrifflich voraus. Es geht nun nicht an, sich wie *E. Jung* sagt[4]) „am eigenen Zopfe wie Münchhausen aus dem Sumpf ziehen zu wollen" — das wäre der bereits genannte circulus vitiosus, den z. B. *Gg. Jellinek* beschreibt. Man entgeht jedoch dem auch dann noch nicht, wenn

[1]) Die Idee des Naturrechts. S. 23. — [2]) Die grundsätzlichen Richtungen der neueren Jurisprudenz, a. a. O. S. 374. — [3]) Arch. öff. R. 16, S. 333. — [4]) Problem des natürl. Rechts, S. 105.

man mit *Kelsen* Staat und Recht gleichsetzt. Denn nach *Kelsen* [1]) gibt es objektives und subjektives Recht nur in der Rechtsnorm und dieses „Recht" ist „ein System von Urteilen", der Rechtssatz also ein hypothetisches Urteil, nämlich über die Existenz eines Staatswillens. Staat aber ist „die andere Seite des Rechts", stammt also aus „demselben" wie das Recht. *Kelsen* gibt dann aber weder eine Erklärung darüber, was dies „selbe" eigentlich sei, die Einheit: Recht-Staat. Noch gibt er eine Auskunft, wer denn, wenn allein die innerliche psychische Tätigkeit des Denkens, Urteilens den Rechtsbegriff verschaffen soll, diese Tätigkeit überhaupt ausübt, wer denn eigentlich dieses Urteil abgibt. Wenn dann *Radbruch* [2]) von seiner Einstellung aus diesen toten Punkt auf die nunmehr einzig annehmbare Weise überwindet, indem er sagt: „Wir stehen hier an der Grenze der Rechtswissenschaft, vor einer juristisch nicht weiter begreiflichen Urzeugung des Rechts aus der Tatsächlichkeit" — so ist das einmal unbefriedigend und eine offene Kapitulation. Weiter aber ist diese Erklärung im Sinne des Normlogikers auch ganz unfolgerichtig: Wie soll denn nun auf einmal das rein geistig-rationale, formal-logische Gebilde „Recht" aus der Tatsächlichkeit entspringen? Endlich aber bedeutet es letzten Endes einen rettenden Sprung ins Metaphysische, ebenfalls im schärfsten, inneren Widerspruch zu den Grundanschauungen des Systems. Und ist jedenfalls ein Beweis mehr dafür, daß jedes Forschen nach Wahrheit schließlich doch einmal im Metaphysischen enden muß. *Heller* [3]) bestätigt das und stellt besonders das eine noch fest, daß der Positivist

„sich vom bewußtem Metaphysiker lediglich durch die primitive Naivität und die mangelhafte Kontrolle seiner Metaphysik unterscheidet".

So ist schon aus diesen allgemeinen Betrachtungen zu entnehmen, daß der Positivismus in seiner geschilderten „reinen" Erscheinungsform nicht anerkannt werden kann. In welche unlösbaren Schwierigkeiten und Widersprüche diese Richtung aber häufig gelangen muß, wird ganz besonders augenfällig bei der Betrachtung der Frage nach der Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers. Es wurde gezeigt, daß nach Ansicht des Positivismus

[1]) vgl. dazu: Allgem. Staatsl. S. 47, 55 ff. und: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S 251. — [2]) Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 45. — [3]) Arch. öff. R., N. F. 16, S. 328.

die „gesetzgebende Gewalt“ selbstherrlich oder souverän, grundsätzlich unkontrollierbar ist — im Gegensatz zur „vollziehenden“ und „rechtsprechenden Gewalt“. Und gerade im Deutschen Reich der Weimarer Verfassung, „im sozialen Staate ist die Macht der Gesetzgebung auf die höchste Höhe gesteigert[1])“, ist sie also umso „selbstherrlicher“. Nun ist es aber doch im Auge des Positivisten eigentlich schon zum mindesten ein Schönheitsfehler, daß dieser grundlegende Satz selbst nirgendwo positiv normiert ist. Es ist ein Satz von zweifellos weittragender Bedeutung für das Rechtsgebiet, ist selbst ein Rechtssatz. Und ein solcher soll doch nur aus positivem gesetzten Recht abgelesen werden dürfen! Nirgendwo findet sich eine ausdrückliche Bestimmung für den Gesetzgeber des Deutschen Reichs. Aus positivem Recht kann man nicht entscheiden, ob der Gesetzgeber selbstherrlich ist, und mit vollem Recht sagt daher *Rümelin*[2]), den man keinesfalls zu den Gegnern des Positivismus rechnen darf, und der gerade deswegen herangezogen wird:

„Zu einer Allgewalt des Staates, einer Souveränität des Gesetzgebers in einem allumfassenden Sinne, zu der Auffassung, daß allein der Staat das Recht schaffe, oder doch, daß das Staatsgebot in jedem Fall, auch im Konflikt mit der übereinstimmenden Gerechtigkeitsüberzeugung der Volksmehrheit, den Ausschlag gebe, kommt man entweder durch eine Überspannung des Rechtssicherheitsbedürfnisses oder durch gewisse Dogmen und Fiktionen, von denen die einen Glaubenssache, die anderen wissenschaftlich unhaltbar sind“.

Also, Glaubenssache ist letzten Endes dieser positivistische Grundgedanke; auch hier hilft nur noch der Sprung ins Metaphysische!

Auf dieses „Dogma“ ist dann näher einzugehen bei der Betrachtung des anderen großen Widerspruchs, in den der Positivismus sich hier verwickeln muß. Dem (nirgends geschriebenen) Satze: „Der Gesetzgeber ist souverän“, steht gegenüber der Satz: „Das Volk ist souverän“, der für das Deutsche Reich verankert ist in dem Artikel 1, Abs. II. der Reichsverfassung. Zwei selbstherrliche Gewalten soll es also im Staate geben? Das verträgt sich doch keineswegs mit dem schon genannten ersten Artikel der Reichsverfassung: „Die Staatsgewalt geht vom Volke aus“. Danach gibt es „neben dem Staatsbürgertum überhaupt keinen

[1]) Bredt, Geist der Reichsverfassung, S. 251. — [2]) Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 72.

Faktor mehr, der selbständig an der Bildung des Staatswillens beteiligt ist“ [1]). Vielmehr ist das Volk, sind die Staatsbürger selbst die Staatsgewalt. Und diese Staatsgewalt ist auch nach der positivistischen Lehre eine einheitliche, bei der Gesetzgebung, Rechtssprechung und Vollziehung nur einzelne Funktionen sind. „Das Wesen des Staates liegt gerade in seiner Einheit“ sagt *Treitschke* [2]). Trotz dieser einwandfreien und überall klar zum Ausdruck kommenden Erkenntnis zieht der Positivismus — das richtet sich allerdings nur gegen den eigentlichen „Gesetzespositivismus“! — aber nun nicht die richtigen Folgerungen aus ihr, sondern er ist in seinem Denken noch ganz befangen und verharrt in jener überlieferten Obrigkeitsidee, der „Staatsidee des ancien régime, wo, der damaligen Wirklichkeit entsprechend, in den Personen der Herrscher die Träger einer selbständigen Gewalt gesehen wurden“ [3]). *Krabbe* stellt diesen Grundfehler der positivistischen Schule, des Labandismus, mit großer Schärfe heraus. Die Verfassungsgeschichte der Deutschen zeigt, wie übrigens auch *Bredt* hervorhebt, einen Kreislauf, der nunmehr in der Weimarer Reichsverfassung einen gewissen Abschluß gefunden zu haben scheint. Während der Staat ursprünglich eine Rechtsgemeinschaft war, kommt neben dieser Gemeinschaft der Volksgenossen eine Obrigkeitsgewalt auf. Sie ist ein reines Machtverhältnis und zu ihrer Rechtfertigung dienen die bekannten Staatstheorien, wie die von der Einsetzung durch den Willen Gottes oder die naturrechtlichen Vertragstheorien. Diese Staatsgewalt stand erklärlicherweise durchaus im Gegensatz zum Staatsbürgertum, ja, häufig genug ihm feindlich gegenüber, und nun erfand und konstruierte man Maßnahmen, durch welche die Freiheit des Einzelnen vom Staate gesichert werden sollte. Man stellte allgemein Forderungen in dieser Hinsicht auf, wie sie etwa *Wilhelm v. Humboldt* in seinen „Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen“ vorgetragen hat. Aus dieser Einstellung heraus entsteht die Lehre von der Teilung der Gewalten, entstehen die Menschen- und Bürgerrechte des liberalen Individualismus. Gerade diese Richtung wollte nach *Kjellén* [4])

[1]) Bredt a. a. O. S. 249. — [2]) Politik, Bd. 2, S. 3 — [3]) Krabbe, Die moderne Staatsidee, S. 232. — [4]) Der Staat als Lebensform. S. 5.

„wirklich im Staate nicht mehr sehen als einen Rechtsschutzlieferanten und einen Aufrechterhalter der Rechtsordnung. Diese Aufgabe des Staats war mit dem Aufrechterhalten des formalen Rechts erschöpft; . . . Ein solcher Staat ist ja in Wirklichkeit kaum etwas anderes als eine juristisch-administrative Tatsache: ein mürrischer, unhöflicher Herr hinter einem Schalter, um mit Anatole France zu reden".

Und man sah den Staat, wie *Freyer*[1]) es ausdrückt, höchstens an

„als eine Art Schutzmann, den sich Gevatter Schneider und Handschuhmacher halten, damit kein grober Unfug geschieht." —

Jener „falsche Freiheitsbegriff, der Freiheit nicht im, sondern vom Staate sucht", dem der Staat nur ein „notwendiges Uebel" ist, ist die Anschauung des Individualismus und Materialismus, die, wie *Treitschke*[2]) einmal feststellt:

„sich mit mannigfachen Namen schmückt. Sie geht darauf hinaus, daß der Staat sich begnügen solle mit dem Schutz von Habe und Leben nach innen wie nach außen, und der so beschränkte Staat wird dann mit Emphase Rechtsstaat genannt. Diese Lehre ist das rechtmäßige Kind der Doktrin des alten Naturrechts".

Tunlichste Freiheit von der Staatsgewalt! ist die Losung dieser Staatslehre der Aufklärung. *Genzmer*[3]) macht darauf aufmerksam, daß sie „an einem eigentümlichen inneren Widerspruch" krankte:

„sie paßte tatsächlich nur für den Staat der unbeschränkten Fürstenherrschaft, den sie doch gerade beseitigen wollte . . .; und so mußte diese Lehre zu ihrer eigenen Ueberwindung führen, sobald das Volk wirklich ein tätiger Bestandteil des Staates wurde."

Sobald also vor allem der Gedanke der Volkssouveränität in den neueren Verfassungen sich bemerkbar machte. Denn danach konnten, wie *Bredt*[4]) darlegt,

„die Staatsbürger sich in letzter Linie selbst regieren. Wer war also die Staatsgewalt, von der sie frei werden wollten? Waren sie es im Grunde nicht selbst? Hier gingen Verstand und Empfinden offenbar auseinander Dem Verstande nach waren solche Regeln" (d. h. Freiheits- und Bürgerrechte) „in diesem Zusammenhange eigentlich garnicht nötig, denn die Staatsbürger hatten ja selbst die Staatsgewalt in der Hand; dem Empfinden nach kamen sie nicht los von der alten Vorstellung einer über ihnen stehenden Staatsgewalt."

Es ist heute nicht anders. *Schiffer* weist in seinem vielbeachteten Werk[5]) jetzt auch darauf hin:

[1]) Der Staat. S. 167. — [2]) Politik, Bd. 1, S. 79, 157 ff. — [3]) Staat u. Nation, S. 5. — [4]) Geist der Reichsverf. S. 244. — [5]) Die deutsche Justiz. S. 135, 139.

„In vielen Beziehungen haben wir noch immer und trotz aller Demokratie die Art des alten Obrigkeitsstaates behalten . . . Wenn er noch mehr als nötig fortbesteht, so liegt das am Volke selbst, das sich in seiner überwiegenden Mehrheit in die neuen Zustände noch nicht eingespielt und das Gefühl für seine eigene Souveränität noch nicht so stark in sich aufgenommen hat, um die Obrigkeit als sein eigenes, von ihm abhängiges Organ zu empfinden."

Das Volk steckt eben doch im Banne der alten liberalen Anschauung, die hier angegriffen wird.

Diese Kritik des Liberalismus ist durchaus berechtigt, das muß und wird jeder Positivist auch zugeben. Umso befremdlicher wirkt es, zu sehen, wie der Positivismus trotz dieser klaren Erkenntnis hinsichtlich der Fehler einer früheren Generation in genau denselben Fehler verfällt; wie bei ihm ebenfalls „Verstand und Empfindung offenbar auseinandergehen". Nur die alte Vorstellung [1]), den Staat, die Staatsgewalt als höherstehende Obrigkeit gegenüber dem Untertanen zu sehen, damit auch das Recht als Staatswillen, als abhängig von der obrigkeitlichen Macht, kann dazu führen, dem Gesetzgeber eine so überpositive Würde zu verleihen, ihn für grundsätzlich selbstherrlich zu erklären. Erklärt man die Souveränität des Gesetzgebers, so denkt man ganz unwillkürlich an eine juristische Person, Staat oder Gemeinschaft genannt, die in einem Gegensatz steht zu der Rechtsgemeinschaft des Volkes, die doch ihrerseits ebenfalls der Staat sein soll. Man denkt an eine Obrigkeit aus eigenem Recht, die als Nachfolgerin des absoluten Fürsten des ausgehenden Mittelalters dessen ganze Macht geerbt hat. Eine rechtliche, positive Grundlage — das wurde schon erwähnt — für diese Macht fehlt vollkommen. Während die positiv-rechtliche Grundlage für die Herrschaftsmacht und Selbstherrlichkeit der Rechtsgemeinschaft unanfechtbar begründet ist in dem ersten Artikel der Reichsverfassung, müßte man sich für eine selbständige Obrigkeitsmacht auf Konstruktionen und Fiktionen berufen, die im Grunde genau dieselben sind wie diejenigen, mit denen man in der mittelalterlichen Staatslehre arbeitete, also naturrechtliche, „jedoch" wie *Krabbe* dazu bemerkt [2]) „mit dem großen Unterschiede", daß

„während früher auf diesem Wege nach der Grundlage einer Wirk-

[1]) Ueber diese „Polizeistaatsauffassung" vgl. noch: Endemann, Zivilcourage und Strafrecht S. 4. — [2]) a. a. O. S. 232.

lichkeit gesucht wurde, jetzt für etwas, welches nicht mehr Wirklichkeit ist, ein Fundament zu konstruieren versucht wird".

Das Dogma von der Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers ist also letzten Endes durch nichts bewiesener reiner Glaube. In Wahrheit kann man im modernen Staat nicht mehr von Obrigkeiten sprechen, die ihr Recht ganz allein aus sich selbst, aus ihrer Existenz als solcher herleiten, wie es der „Labandismus" uneingestandenermaßen im Grunde doch darstellt.

Der Positivismus kann freilich nach seiner ganzen Einstellung garnicht zu einem befriedigenden Ergebnis in dieser Frage gelangen, bei deren Erörterung sich seine inneren Widersprüche so überaus deutlich zeigen. Er ist daher für das Gebiet der Rechtswissenschaft ebenso abzulehnen, wie er bereits in anderen Geisteswissenschaften, z. B. der historischen, nach längerem Kampf zwischen Idealismus und Positivismus verworfen worden ist [1]), und wie man sich selbst in der Mathematik und den Naturwissenschaften von ihm abzuwenden beginnt. Die scharfe Kritik, die *Sauer* ihm angedeihen läßt [2]), ist nach den letzten Ausführungen nicht ganz unberechtigt, wenn es heißt:

„Der Positivismus taugt allenfalls (jedoch wiederum nicht in ausreichendem Maße) für die Rechtsprechung; weit weniger für die Verwaltung, die bereits Neuschöpfung fordert; garnicht für die Gesetzgebung".

Denn er kann aus den von ihm selbst gezogenen Kreisen nicht wieder heraus: der Gesetzespositivismus, weil er neben dem Gesetzesrecht grundsätzlich kein außerpositives Recht anerkennen will, der Methodenpositivismus außerdem auch noch deshalb nicht, weil er im Staat lediglich ein formal-juristisches Normensystem erblickt. Daß er aber hier so gänzlich scheitert, muß zu der unabweisbaren Folgerung führen, ihn abzulehnen. Wie noch gezeigt werden wird, macht diese Ablehnung in letzter Zeit sich nun auch in der deutschen Staatsrechtslehre immer mehr bemerkbar. Sie scheint aber auch im Ausland in den mannigfachsten Formen zu wachsen, wie die Schriften beispielsweise schwedischer (*Kjellén*), holländischer (*Krabbe*) [3]), tschechischer (*Kallab*) und italienischer (*Maggiore*) Juristen erweisen.

[1]) vgl. Meinecke, Histor. Ztschft. 1929, S. 567. — [2]) Lehrbuch S. 17. — [3]) Ueber ihn und die folgenden s. i. d. Rev. intern. de la théorie du droit, H. I. und II.

In Italien hat der Positivismus überhaupt nie so wie bei uns vorgeherrscht und ist dort jetzt schon als überwunden anzusehen (*Gentile, Croce*!) — anders aber in Frankreich: *Duguit* [1]) geht zunächst von naturrechtlich anklingenden Vorstellungen aus und wendet sich auch gegen den Positivismus, seine soziologisch-realistische Lehre kommt dann aber im Ergebnis *Kelsen* sehr nahe [2]), und der französische Schweizer *Roguin* vertritt neuestens eine ausgesprochene „reine" Rechtslehre [3]). — Doch die Darstellung muß sich auf die deutsche (und österreichische) Staatslehre beschränken. Hier entsteht dem Positivismus, insbesondere der Richtung, die jegliche rechtsphilosophische Betrachtungsweise als unfruchtbar und unsicher ablehnte, ein gefährlicher Feind darin, daß mit Hilfe rechtsphilosophischer, zumal erkenntnistheoretischer Bildung ein kritischer Idealismus allgemein sich mehr und mehr ausbreitet. Man weiß jetzt, daß ein rechtsphilosophischer Einschlag der Jurisprudenz nicht mehr — wie der Positivismus gefürchtet hatte — gefährlich werden kann, daß er im Gegenteil auch für den praktischen Juristen durchaus wünschenswert ist, will dieser sich nicht von beachtlicher Seite *(Beling)* den Vorwurf des „Banausen" zuziehen, „wenn ihn nicht der rechtsphilosophische Gedanke an das Rechtsideal auf Schritt und Tritt begleitet" [4]). Auf dem Gebiete des Verfassungsrechts gerade hat das Interesse für die Rechtsphilosophie vor allem seit dem Umsturz von 1918 sehr zugenommen. Wurde doch hier der Glaube an die Geschlossenheit und Unerschütterlichkeit der positiven Rechtsordnung auf eine harte Probe gestellt, drangen doch plötzlich ganz andere Rechtsanschauungen übermächtig hervor — man denke an die veränderten Auffassungen über das Privateigentum, an die Sozialisierungsbestrebungen, das Arbeitsrecht, die strafrechtlichen Reformpläne! Sollte doch dieses „neue" positive Recht seinen Wert oder Unwert erweisen und richtig gestaltet und ausgelegt werden. Dazu aber ist ein Besinnen auf die Grundfragen der Rechtswissenschaft nötig, dazu die rechtsphilosophische Betrachtungsweise erforderlich. Eine kurze Uebersicht über die Entwicklung der neuerwachten deutschen Rechtsphilosophie möge

[1]) Traité de Droit Constitutionnel. — [2])[3]) Ueber Roguin u. Duguit vgl. Kunz, Rev. intern, I, 140 u. 204 ff. Tasic, ebd. I, 165 ff Bonnard, ebd. I, 40, Schreier, ebd. II, 57 ff — [4]) Vgl. Darmstaedter, Dt. Jur. Ztg. 1927, 1645 ff.

dazu führen, daß Stellung genommen werden kann für eine rechtstheoretische Grundanschauung.

§ 4. *Stammler.*

Die freirechtliche Bewegung [1]) kann man ansehen als den ersten Vorboten des wiedererwachenden Rechtsidealismus. Ihre Führer (vor allem: *Kantorowicz, Reichel, E. Fuchs, Müller-Erzbach*) forderten mit Nachdruck wieder die Anerkennung außer- und überpositiver Werte im Recht, die sie aber mehr oder weniger nach subjektivem Ermessen des Rechtanwendenden berücksichtigt wissen wollten. Das Rechtsgefühl des Richters sollte allein maßgebend sein für eine „freie Rechtsfindung", er darf sich daher auch vom klaren Wortlaut des Gesetzes loslösen, contra legem entscheiden, wenn sein Rechtsgefühl anderes für richtig hält, und ist nicht an die Fesseln der hergebrachten juristischen Methodik gebunden, die man ablehnt, ja, teilweise sogar für „gemeinschädlich" erklärt (*E. Fuchs*). Hierin liegt jedoch eine Ueberspannung, ein Fehler, der zur Ablehnung der freirechtlerischen Gedanken führen muß. Denn mit der Verwerfung und Unterschätzung der hergebrachten Methodik geht eine große methodische Unklarheit der eigenen Lehren Hand in Hand, mit dem Hinwegsetzen über das positive Recht eine Gefährdung der Rechtssicherheit, und beides führt notwendig zu einem übertriebenen Präjudizienkult. Auch wird das Historische im Recht nicht gebührend gewürdigt und bisweilen sogar verkannt, ein Rückfall in Fehler der alten Naturrechtsschulen, die bereits von *Savigny* aufgedeckt worden waren [2]). Der Freirechtsbewegung kann daher nicht gefolgt werden, ihr Grundgedanke aber, der des Rechtsidealismus, der Bekämpfung eines Formalismus, ist gesund, und nicht hoch genug kann sie eingeschätzt werden wegen ihres geistesgeschichtlichen Wertes und des Bekennermutes, mit dem sie gegen den Positivismus vorzugehen wagte [3]). Die „Renaissance der Rechtsphilosophie" (*M. E. Mayer*) im eigentlichen Sinne aber wurde von *Rudolf Stammler* herbeigeführt. Diese Renaissance ist die Auswirkung des Aufkommens der philosophischen Richtung der „Neukantianer" auf dem Gebiete der

[1]) Vgl dazu: Manigk, „Formalismus und Freirechtsschule" im Hdwb. d. Rswisssch., Bd. 2. — [2]) Vergl. Manigk, Savigny und der Modernismus im Recht. — [3]) Vgl. neuestens: Jur. W. 1929, 1721.

Rechtswissenschaft. Zwei Hauptströmungen sind zu unterscheiden, deren Unterschiede sich denn auch in der Rechtsphilosophie bemerkbar machen: die „Marburger Schule", vor allem von *Cohen, Natorp, Cassirer, Nicolai Hartmann* vertreten; in der Rechtslehre zumal *Stammler* und *Kelsen* - dann die „Südwestdeutsche" oder „Heidelberger Schule": *Windelband, Rickert, Kroner* und *Lask*, der auch eine Rechtsphilosophie schrieb. Sie alle gehen direkt wieder auf *Kant* zurück, beleben dessen Lehren von neuem. Nun hat sich aber z. B. *Kelsen*, wie bereits gezeigt wurde, derartig im strengsten positivistischen Sinne entwickelt, obwohl er als „Neukantianer" von andern Grundanschauungen ausging, daß er schon bei der Besprechung des Positivismus mit Recht als ausgesprochener „Methodenpositivist" behandelt werden mußte. Vieles, was also nunmehr erst im Zusammenhang mit der *Stammler*schen Lehre — die ja ihrerseits auch nur einen Ausschnitt geben kann — erwähnt werden wird, trifft auch auf viele der Positivisten zu, die sich eben meist neukantische Lehren angeeignet haben, so besonders hinsichtlich der Erkenntniskritik und Methodik. Ausführlich dargestellt wird als besonders kennzeichnend gerade der „kritische Idealismus", wie er von *Stammler* selbst durchgebildet worden ist. Bei seiner Betrachtung wird es sich zeigen, daß grundsätzlich allerdings Stellung zu nehmen ist für und im Sinne eines „Rechtsidealismus", daß aber gerade von *Stammlers* Lehre selber letzten Endes wieder abgewichen werden muß. Der dann einzunehmende Standpunkt ist wieder ausführlich zu behandeln, dagegen kann — der oben gemachten Vorbemerkung entsprechend — auf die wichtigsten andern Strömungen in der neueren Rechtsphilosophie nur mit wenigen Worten eingegangen werden, an Hand der durch Betrachtung des großen Richtungsgegensatzes „Positivismus-Idealismus" gewonnenen Erkenntnisse.

Stammlers System also ist die Anwendung und Weiterbildung von Kants kritischer Methode auf die Rechtswissenschaft, mit dem Ziel der Bestimmung von Rechtsbegriff, Rechtsidee und Rechtsideal. *Stammler* hat hier wohl auf alle Rechtsphilosophen der Neuzeit in gewisser Weise bestimmenden Einfluß ausgeübt, sodaß die meisten mehr oder weniger auf den von ihm gelegten, vor allem erkenntniskritischen Grundlagen fußen, wenn sie auch

in der Fortbildung ihrer Gedanken im einzelnen vielfach dann von ihm abweichen. Das wird denn auch von den verschiedensten Seiten (z. B. *Radbruch, M. E. Mayer, Manigk, Tatarin-Tarnheyden, Maggiore, Kallab)* rückhaltlos anerkannt.

Die Methode ist gekennzeichnet dadurch, daß sie die beiden Quellen menschlicher Erkenntnis, Denken und Erfahrung, die von den vorkantischen und (wie gezeigt wurde), auch von später wieder aufgetauchten Richtungen des reinen Empirismus einerseits und des Rationalismus andererseits nur einseitig betont wurden, einzuschränken, nach ihrem Wert abzuschätzen und dementsprechend zu verwerten sucht; also statt des „Methodenmonismus" wird theoretisch der „Methodendualismus" neubegründet[1]). Das Ergebnis ist die Ueberzeugung, daß zu jeder Erkenntnis einmal rationale Elemente mitwirken, dann auch alle Wahrnehmung auf Erfahrung einzuschränken ist. Denn der „Stoff" für sie ist immer empirisch, in der Empfindung gegeben, es ist die Materie der Empfindungen und Gedanken. Dagegen ist die „Form" rational; „Form" ist nämlich die Art und Weise des Ordnens der Gedanken, sie kann nur aus den a priori im Menschen liegenden Erkenntnisfunktionen kommen, ist nichts materielles, sondern transzendentales, d. h. den empirischen Erkenntnisinhalt überschreitendes. „Stoff" ist nun im Gebiet der Rechtswissenschaft eine einzelne Rechtseinrichtung (ein „Institut"), z. B. der Mietsvertrag, das Vermächtnis, das Güterrecht, die Brandstiftung, das Staatsamt u. a. m. „Form", also die logisch bedingende Weise des Ordnens, ist der Begriff des Rechts.

Wirkliche Erkenntnis kommt nun erst zustande, wenn beide Erkenntnisfunktionen zusammenwirken, „Stoff" und „Form". Dann muß immer ein Erkenntnisinhalt vorhanden sein, nämlich die einem bestimmten Gedanken eigene Besonderheit, die Eigenart, durch die er sich von andern unterscheidet. Dies ist hier der Gedanke des Rechts, der geschichtlich bedingte Rechtsinhalt, an dem wir erst „Form" und „Stoff" unterscheiden können. Wobei also immer auszugehen ist vom positiven, gegebenen Rechtsstoff. Um die soeben genannten Beispiele zu wiederholen: ihnen allen wohnt der Gedanke des Rechts inne, hebt die erwähnten „Rechtsinstitute" ab von Einrichtungen etwa der Sittlichkeit, oder

[1]) Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 21.

der Sitte. Hierbei zeigt sich, daß von dem Stoffe, der Materie, ohne Voraussetzung des Begriffes „Recht" keine selbständige Bestimmung gegeben werden kann, er ist bedingt und bestimmt erst von der „Form", ohne die man ein chaotisches Durcheinander von lauter unzusammenhängenden Einzelheiten hätte [1]). Dagegen kann man wohl diese „Form" allein für sich behandeln, doch sind auch die „Formen" zu unterscheiden in „bedingte" und „unbedingte", „reine". Die ersteren sind durch höhere Formen bedingt, und es ist in ihrer Vorstellung ein sinnlich empfindbarer Gegenstand erhalten. So beim Kauf [2]): logische Bedingung („Form") ist der allgemeine Begriff des Kaufvertrages, er ist „Form" für jedes einzelne Kaufgeschäft (das immer „Stoff" ist); nun ist aber die „Form": Kaufvertrag wieder bedingt von der höheren Form: Vertrag (im allgemeinen) — diese wiederum wie alle „besonderen" rechtlichen Vorstellungen von dem Begriffe des Rechts überhaupt. Letzterer erst ist „reine Form", denn er ist lediglich eine gedankliche Methode des Ordnens, und daher „rein", d. h. gesäubert von jedem inhaltlichen konkreten Gehalt.

Weil die höchsten Formen eben in dieser Weise ganz „rein" sind, sind sie unabhängig von jedem geschichtlichen Werden und Vergehen, sowie von jeder Wertung, von allem menschlichen Einfluß. Sie allein können daher absolut sein, allgemeingültig; nicht dagegen dürfen Allgemeingültigkeit beanspruchen alle die ihrerseits bedingten Formen und die Stoffe, da sie, stofflich eben bedingt, veränderlich und wechselnd sind. Daraus erklärt sich denn auch die Unmöglichkeit eines solchen Idealrechtes, wie es etwa das Naturrecht des Rationalismus sein sollte. Denn als geltendes, gelten-sollendes Recht wird es sogleich „besonderes rechtliches Streben", muß inhaltlich gefüllt sein. Demzufolge kann es in Wirklichkeit nicht bei allen Völkern oder zu allen Zeiten „gelten". Ein solches Naturrecht gibt es nicht, *Stammlers* Recht kann man aber als „Naturrecht mit wechselndem Inhalt" bezeichnen. Nur das rein Gedankliche ist absolut, weil eben transzendent; die Erkenntnis aber ist immer auf durch Erfahrung Gegebenes beschränkt. Solche „reinen Formen" nun sind: einmal der Begriff des Rechtes, anderer-

[1]) Ein sehr anschaulicher Vergleich mit einer Volksversammlung bei Radbruch, Grundzüge, S. 34. — [2]) Beispiel aus Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, § 9.

seits die Idee des Rechtes. Begriffsbestimmung aber ist „Stilisierung eines Stoffes nach Maßgabe einer wissenschaftlichen Aufgabe“ (*M. E. Mayer*), der Begriff des Rechtes also eine lediglich konstatierende Betrachtungsweise: „das und das ist Recht“, der Rechtsbegriff, eine absolute Größe, bestimmt grundlegend ein bestimmtes menschliches Wollen, indem er es zum Unterschied von anderm menschlichen Wollen als „rechtlich“ bezeichnet. *Stammler* kennzeichnet nun das Recht als „das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen“. Soweit die bloß erkennende, formende Seite des *Stammler*schen Systems; sie ist nur ein Teil desselben, die wertende Seite muß ergänzend hinzutreten, zum Rechtsbegriff muß die Rechtsidee hinzutreten, denn „Ideen sind Gedanken, die eine Materie in Beziehung setzen zu einem Wert, vornehmlich zu einem höchsten, d. i. die letzte Synthesis bietenden Wert [1])“, wenn ein solches höchstes Ziel, die Idee eben, ihr nicht vorschwebt, kann die Begriffsbestimmung sonst leicht mißlingen. Die Idee des Rechtes soll also das geltende Recht beurteilen, soll es in gutes und schlechtes scheiden. Sie soll die Aufgabe lösen, das einzelne, unter den Rechtsbegriff fallende menschliche Wollen, in Uebereinstimmung mit anderem rechtlichem Wollen zu denken, sie ist daher nur eine Vorstellung, kann nicht konkretes Erleben sein. *Stammler* formuliert dies als „das reine Wollen“ — dies ist der „Leitstern, nach dem das bedingte soziale Wollen zu richten“ [2]), d. h. zu beurteilen und zu lenken ist.

Nun kann man sich das reine Wollen, die reine, ganz abstrakte Idee nicht greifbar vorstellen, man kann sich jedoch vorstellen, daß soziale Zustände der Rechtsidee entsprechen. Dieses Phantasiebild ist dann das „soziale Ideal“, ein gedachter Zustand, in dem absolute, gegenseitige Rücksichtnahme herrscht, eine „Gemeinschaft frei wollender Menschen“. Dieses Rechtsideal ist allein für uns erfaßbar, die konkretisierte Rechtsidee. Das „freie Wollen“ aber ist eine Abstraktion ohne erfahrbaren Inhalt, eben ein ganz „reines“ Wollen. Und mit diesem sozialen Ideal will *Stammler* nun das Recht richten, beurteilen. Dann ergibt sich aber eine Schwierigkeit. Der Maßstab, das soziale Ideal, muß nach dem soeben Festgestellten, um seine Aufgabe erfüllen zu können, allgemeingültig sein. Das ist es nur, wenn es von jedem Inhalt ge-

[1]) M. E. Mayer, Rechtsphilosophie, S. 64. — [2]) Stammler, Lehrb. S. 3.

säubert wird. So verfährt *Stammler* denn auch. Dadurch wird dann aber wieder aus seinem sozialen Ideal eine reine, „blutleere" Abstraktion, eine ganz ausschließlich nur formale Methode; wenn man sie als Maßstab an das Recht anlegt, kann man schlechterdings nichts anderes von der beurteilten Rechtsordnung aussagen als: ob sie im Sinne reiner Gemeinschaft „gerichtet", folglich „richtig" ist, oder nicht. Damit ist praktisch sehr wenig gewonnen. Will man nun nicht wie *Kelsen,* der ja von seinem Standpunkt aus immer folgerichtig vorgeht, zu lauter letzten Endes unfruchtbaren Abstraktionen und leeren Formen kommen, dann bleiben einem nur zwei Möglichkeiten: Entweder man bleibt auf dem eingeschlagenen Wege, verzichtet aber auf einen allgemeingültigen Gerechtigkeitsbegriff, eine absolute Rechtsidee, man verneint einen absoluten Maßstab zur Beurteilung richtigen Rechts: das ist ein streng relativistischer Gedankengang und Standpunkt, wie er etwa von *Radbruch* vertreten wird. Oder — das ist die andere Möglichkeit — man geht vom beschrittenen Wege einfach ab.

Letzteres tut *Stammler* in seiner „Lehre von dem richtigen Recht"; hier bildet er sein soziales Ideal inhaltlich um, damit sein Verfahren einen Erfolg aufweisen könne, damit das allgemein gültige Ideal überhaupt praktisch verwertbar bleibe. Jeden Relativismus lehnt er strikt ab, vertritt unbedingt die Absolutheit seines Wertsystems. Das soziale Ideal, das doch lediglich eine Form sein konnte, bloß eine Kategorie ist, wird zum wirklichen Maßstab, indem es einen Inhalt erhält. So wird allerdings eine Tautologie vermieden. Und dies ist eine ganz bewußte und gewollte Inkonsequenz, die wie ein kühner Sprung wirkt: statt bloß formaler Richtlinien sieht man *Stammler* plötzlich materielle Rechtssätze schaffen, statt der kühlen Betrachtungsweise, der Erkenntniskritik, auf die seine Lehre ausschließlich eingestellt ist, sieht man ihn mit den Mitteln und Werkzeugen dieser selben Erkenntnistheorie Rechtspolitik treiben, statt daß er nur beobachtet und ordnet, wertet er mit Kategorien. Er zeigt — besser fordert objektives richtiges Recht, entscheidet unmittelbar konkrete Fälle. Er geht sogar im einzelnen so weit, einige Begriffe wie z. B. Sklaverei und Polygamie für immer und absolut unrichtiges Recht zu erklären.

Hierin kann man ihm aber keineswegs folgen, da dies vollkommen im Widerspruch steht zu seinen eigenen Grundlehren; sagt er doch öfters selbst, daß ein absolut richtiges (und unrichtiges Recht, ist hinzuzufügen) überhaupt nicht möglich sei. Es ist auch sonst ganz unhaltbar, man braucht nur an die Antike oder an den Orient zu denken, was die „absolute" Unrichtigkeit von Sklaverei und Polygamie angeht! Es würde dies auch im Grunde einen Rückfall in naturrechtliche Irrtümer darstellen. Von den meisten aber (wie etwa: *Radbruch, Binder, M. E. Mayer, E. Kaufmann, Wielikowski* und *Sauer*) wird *Stammlers* Lehre wegen eben dieser Inkonsequenz gänzlich verworfen — mit Recht. Denn sein ganzes Vorgehen widerstrebt völlig den Grundgedanken der *Stammler*schen Rechtsphilosophie, die nun einmal einseitig als erkenntnistheoretisches System, als „Rechtslogik"[1]) ausgebaut ist. Eine solche Lehre hat zwar auch „regulative Ideen aufzustellen, auch Ziele und Normen" (*Sauer*), aber sie darf nicht menschliche Handlungen wertend beurteilen, und auf ihre Ziele zulenken. *Stammler* aber hält die beiden grundverschiedenen Verfahrungsweisen der Erkenntnislehre und der Wertlehre nicht, wie es sein müßte, scharf auseinander — ganz ähnlich der Ethik *Kants*. Der eigentliche Grund dieses Mißerfolgs ist derselbe, der in ganz anderer Weise *Kelsens* Fehler verursachte: er ist zu sehen in der Ueberschätzung des Rationalistischen, in jener Einseitigkeit die der Einseitigkeit der Empiristen durchaus entspricht und daher, wenn, wie von *Kelsen,* konsequent durchgeführt, ebenfalls zu einem ausgesprochenen Positivismus führen muß. *E. Kaufmann* kennzeichnet diesen Hauptmangel des rechtsphilosophischen „Neukantianismus" treffend:[2]):

„ . . beim Neukantianismus muß sich das Verhängnis jedes formalen Rationalismus erweisen, daß er nur durch Anleihen bei der Empirie, durch Erschleichungen von Inhalten, also durch unbewußte Hypostasierungen von empirischen Gegebenheiten zu metaphysischen Realitäten oder durch psy-

[1]) Sauer, Grundlagen der Wissenschaft und der Wissenschaften, S. 372 ff. — vgl. auch Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, S. 64 ff. — und: Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee, S. 313 ff. — [2]) Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, S. 10 f.

chologische und soziologische Substruktionen seiner reinen Formen zu Ergebnissen kommen kann. Ohne solche Anleihen bliebe er nichts als eine leere Pathetik der absoluten Werte, die nicht von der Stelle kommen kann".

Dennoch wird *Stammlers* Lehre trotz der hier gezeigten Mängel von mancher Seite verteidigt. So setzt sich z. B. *Mezger* für *Stammlers* Anschauungen ein[1]) unter dem Gesichtspunkt, daß dieser seinen erkenntniskritischen, ordnenden Standpunkt nicht nur bewußt, sondern auch mit vollem Recht mit dem wertenden, dem „metaphysischen" vertauscht habe, um eben auf dem nun einmal von ihm eingeschlagenen Wege zu einem brauchbaren praktischen Ergebnis zu kommen. Diese zweifellose Inkonsequenz aber dürfe nicht (— wie hier geschehen! —) zur Ablehnung der ganzen Lehre führen, sondern müsse durchaus anerkannt werden, „weil Methode immer Methode bleiben soll, d. h. ein Weg zu sachlichen Ergebnissen". Und ähnlich glaubt *Burckhardt*[2]) für die Staatslehre gerade *Stammlers* Lehre von dem richtigen Recht mit Erfolg verwerten zu können, auch *Tatarin-Tarnheyden*[3]) sucht im engen Anschluß an *Stammler* dessen Lehre für das Gebiet des Verfassungsrechts fortzubilden. Wenn man nun auch, im Gegensatz zu diesen Gelehrten, aus den angegebenen Gründen sich *Stammler* keineswegs anschließen kann, so soll doch nochmals die große Bedeutung hervorgehoben werden, die der Neukantianismus vor allem in logischer und methodologischer Hinsicht für die Rechtswissenschaft gehabt hat und noch hat: die von ihm ausgehenden rechtsphilosophischen Gruppen liefern die methodischen Vorfragen für ein rechtswissenschaftliches System, (*Sauer*[4]), zu dem sie selbst infolge ihrer rationalistischen Einseitigkeit nicht kommen konnten. Damit im Zusammenhang ist noch das bei *Stammler* anzuerkennen, daß er doch wenigstens grundsätzlich wieder verwiesen hat auf die Richtung des „Idealismus" im Recht.

§ 5. Andere wichtige Richtungen.

Bisher wurden zwei Geistesrichtungen ausführlicher behandelt, die sich hauptsächlich durch ihren Ausgangspunkt bereits unterschieden. Unter diesem Gesichtspunkt und entsprechend der

[1]) Sein und Sollen im Recht. — [2]) z. B. im Kommentar zur schweizer Bundesverfassung, S. 65. — [3]) Ztscht. f. öffentl. Recht, VII, S. 76 ff. — [4]) Jur. W., 1926, 2510.

oben gemachten Vorbemerkungen darf die Darstellung sich darauf beschränken, nur die wichtigsten Hauptströmungen in der Rechtsphilosophie zu berühren und auch auf sie nur in großen Zügen einzugehen. Behält man die beiden Grundrichtungen: Positivismus-Idealismus im Auge, dann ist es möglich, die anderen Anschauungen mit wenigen Worten zu kennzeichnen. Sie alle leiten, mehr oder weniger, zu der Ansicht über, welcher diese Abhandlung sich anschließt.

Stammler am nächsten verwandt sind die „Neukantianer" der „Südwestdeutschen Schule" wie vor allem *Lask*; man kann sie mit *Kelsen* und *Stammler* auch zu einer „logisch-methodologischen Gruppe" (*Sauer*) zusammenfassen. Ein Hauptunterschied zwischen diesen beiden Richtungen des Neukantianismus ist der, daß die Südwestdeutsche Schule den Wert-, Zweck- und Kulturgedanken stärker betont als die ausschließlich logizistisch und mathematisch-naturwissenschaftlich eingestellten Vertreter der Marburger Schule. Da auch diese Neukantianer zum Teil in ausgesprochen positivistischem Sinne in der Art *Kelsens* und *Stammlers* sich fortentwickelten, trifft insoweit das über Vorzüge und Fehler der „Methodenpositivisten" Gesagte trotz mancher Abweichungen, auf die näher einzugehen verzichtet werden muß, im großen ganzen auch auf sie zu, — andere Anhänger dieser Schule, die eine andere Entwicklung genommen haben, sind noch in anderem Zusammenhange zu erwähnen.

Ebenso wenig können auf der anderen Seite die Versuche der modernen rein soziologischen, biologischen oder psychologischen Gruppen (*Gumplowicz, Zitelmann, Sturm* u. a. m.) befriedigen, die das Recht nur als soziale Tatsache auffassen und werten. Diese jedenfalls insoweit nicht, als sie dabei den Fehler einseitig-empirischer Einstellung haben. Ohne längere Erörterung kann hinsichtlich der Unzulänglichkeit solcher Einseitigkeit auf Darstellung und Kritik des „Gesetzespositivismus" verwiesen werden. Nur gegenüber der gerade für die Rechtsphilosophie sehr bedeutsamen Richtung des Psychologismus, dessen Vorzüge und Erfolge nicht verkannt werden, soll hier noch einmal betont werden, daß sie für eine Staatslehre deswegen unzulänglich ist, weil sie nicht das gesamte rechtlich-soziale Leben zu erfassen imstande ist, sondern lediglich das psychische Leben, das aber doch

nur ein Ausschnitt aus dem großen Gebiet ist. Aehnlich steht es mit der von *Sauer* so bezeichneten „einzelwissenschaftlich-positivistischen Gruppe" (vor allem *Kohler*) der Rechtsphilosophie, die, von der Einzelwissenschaft ausgehend, immer weitere Kreise zieht, um so etwa zu einer „Allgemeinen Rechtslehre" zu kommen wie *Ad. Merkel,* die Rechtsvergleichung betreibt, Rechtshistorismus und Rechtspolitik. Hierbei kann hingewiesen werden auf solche „Positivisten" wie — für das Verfassungsrecht — *Nawiasky* oder *Bredt,* die den „Geist der Reichsverfassung" durch Auslegung ihrer Bestimmungen zu erfassen suchen, und damit eigentlich schon über den echten Positivismus hinausweisen. Es genügt nur ein Schritt, wie ihn z. B. *Triepel* oder *v. Hippel* tun, um von diesem Standpunkt aus die Schranken des Positivismus zu überschreiten.

Der Relativismus endlich, vor allem der von *Radbruch* in erster Reihe gelehrte, ist ein direkter Rückschlag gegenüber *Stammlers* „blutleeren Abstraktionen und seiner intellektualistischen Einseitigkeit". Er will ein inhaltlich gesättigtes soziales Ideal aufstellen, muß dem dann aber auch jede Allgemeingültigkeit absprechen, es vielmehr nach Weltanschauungen (Personalismus, Transpersonalismus usw.) wechseln lassen. *Radbruch* selbst geht wie *Kantorowicz* von Gedanken der Freirechtsschule aus, ist andererseits aber auch sehr stark vom südwestdeutschen neukantischen Kritizismus beeinflußt; seine Lehre leitet dann über zu dem kritischen Relativismus *M. E. Mayers,* ist, wie dieser, in gewisser Weise kulturphilosophisch eingestellt. *M. E. Mayer* selbst sieht die Rechtsidee im höchsten Kulturwert, in der Humanität. Es gibt nach ihm viele Rechts- und Kulturideale, aber nur eine Rechtsidee, die über deren relative Geltung hinauswächst. Doch ist auf *Mayer* eingehend noch unten einzugehen, denn er gehört schon zu jenen Philosophen des Rechts, die hier unter einem bestimmten Gesichtspunkt einheitlich betrachtet und zusammengefaßt werden sollen, zu jener Entwicklung, welche die großen Ueberlieferungen des deutschen Idealismus von den verschiedensten Seiten wahrhaft fortzubilden versucht. Es ist die „Hegel-Renaissance" in der deutschen Rechtsphilosophie.

§ 6. Hegelianismus.

Die Einseitigkeit derer, die lediglich den Blick von unten

nach oben richten, — und umgekehrt der anderen, die allein von oben nach unten schauen, wurden hinreichend gewürdigt. Es ergibt sich daraus schon, für welche rechtsphilosophische Richtung man sich entscheiden muß, dies zu vermeiden. Es muß eine solche sein, welche beide Gebiete, Gegenstand und Gesetz, Erlebnis und Norm, Stoff und Form wirklich gleichermaßen nebeneinander behandelt. Es ist dies eine Richtung, die die Vorzüge der vorher dargestellten oder erwähnten Ansichten in sich vereinigt, während sie deren Nachteile und Auswüchse zu vermeiden sucht. Sie entspricht dem Gedanken nach der „hegelianischen Synthese von Lebens- und Vernunftsphilosophie", sie kennt als Vernunftsphilosophie feststehende Begriffe und übt eine statische Betrachtungsweise, als Lebensphilosophie dagegen sieht sie das dauernde Werden und Vergehen im wirklichen Leben und kennt daneben auch die dynamische, funktionale Betrachtung. Nicht nur Stoffsammlung und Analyse, sonder in erster Reihe Synthese und Sinndeutung sind ihre Aufgaben. Dies ist ein idealistisches System im Sinne *Hegels*, das man als „Hegelianismus" bezeichnen darf. Eine kurze Skizze der grundlegenden Gedanken *Hegels* rechtfertigt diese Bezeichnung. *Hegels* Anschauungen sind eine Weiterbildung des Kantschen Idealismus, — Idealismus ist also das große Gemeinsame, welches Neukantianer und Neuhegelianer verbindet.

Ein großer Gegensatz aber zu *Kant* besteht schon darin, daß in *Hegels* Lehre ein metaphysischer Hintergrund vorhanden ist, Logik und Metaphysik treten bei ihm in Verbindung, der scharfe Gegensatz von Sein und Erscheinung wird beseitigt, die Erscheinungswelt ist nichts anderes als die Entwicklung des Seins selbst. Das „Prinzip der konkreten Totalität", die Bejahung der Welt ist das notwendige Ergebnis dieses „absoluten Idealismus". Nach ihm gibt es nämlich nur eine Welt, die des Geistes: die gesamte Wirklichkeit ist Vernunft oder Geist, auch die Sinnlichkeit ist als Aktivität des Geistes oder als Funktion der Vernunft anzusehen — das eben ist die lebendige „konkrete Totalität" des schöpferischen Geistes, die für *Hegel* überall Ausgangspunkt bleibt. Die Weltgesetze sind diesem gemäß auch die des Geistes, der im Menschen lebt, und diese Gesetze sind dem Menschen bekannt, sodaß er nun die ganze Wirklichkeit aus sich heraus entwickeln

und verstehen kann. Das folgerichtig zu erstrebende Ziel dieses allumfassenden Idealismus oder „Panlogismus“, das allerdings nur von alles umfassenden, ganz großen Geistern erreicht werden kann, ist: Universalität. Sie bedeutet, daß ein solcher Geist die gesamte Wirklichkeit schafft und offenbart: eine idealistische Konstruktion der Erfahrung.

Die dabei angewandte Methode ist die dialektische, das bebegriffliche Erkennen. Die Entwicklung schreitet immer fort von Thesis und Antithesis zur Synthesis (von Satz, Gegensatz zum Zusammenschluß) — jedes Gegensatzpaar fordert und findet wieder einen einigenden Begriff. Die Erkenntnis ist demnach nicht Urteil, sondern Schluß. Diese Methode ist die Folge aus den Grundgedanken der Hegelschen Identitätsphilosophie, der ja Denken und Sein ein und dasselbe ist. Sie ist undenkbar für *Kants* transzendentale Methode, der alles Erkennen und alles Sein auseinanderfällt in Besonderheiten, die unüberbrückbare Gegensätze bleiben. Ihr gegenüber ist die dialektische Methode „ganz einfach die Erkenntnis alles Besonderen aus dem Begriffe des organischen Zusammenhanges, der es als Moment setzt“ [1]). So wird der bei *Kant* unlösbare Widerspruch gelöst, der z. B. zwischen Individuum und Gemeinschaft bestehen soll, so kommt man zu Universalismus und Transpersonalismus.

Mit dieser Methode und von dieser Grundeinstellung aus geht nun *Hegel* an sein System der Erkenntnis. Das stellt sich als ein Schluß dar aus den drei Einzelsystemen, dem der reinen Vernunft, dem der Erfahrung des Bewußtseins und endlich dem des Geistes selbst, der geistigen Totalität. Die Philosophie muß nicht nur von einem einzigen dieser Systeme aus die Wirklichkeit betrachten, sondern als Einheit der drei Systeme. Sonst wird sie der Wirklichkeit nicht gerecht. Hierin liegt ein weiteres, was allerdings *Hegel* selbst nicht recht zum Ausdruck bringt. Tatsächlich aber ist es nach *Lasson* doch so, daß

„für *Hegel* die Philosophie nicht neben der Wirklichkeit her(geht), sie zu kritisieren und zu korrigieren. Sie folgt ihr, sie zu verstehen und sie nachzudenken, bringt sie aber damit zum Bewußtsein über sich selbst und hebt das Reale in das Ideale empor“.

Nach *Hegels* Ausdrucksweise muß man hingegen den Ein-

[1]) Lasson, Was heißt Hegelianismus? S. 25.

druck bekommen, daß seine dialektische Methode und sein System eine Apriori-Konstruktion, ein apriorisches Dogma sei, während sie in Wahrheit nur eine Hypothese sein soll, die erst der empirischen Bewährung und Bewahrheitung bedarf.

Nach dieser allgemeinen Darstellung ist mit wenigen Worten auf *Hegels* Rechtsphilosophie und Staatsidee einzugehen. Grundlegend ist ja der Gedanke der Selbstbewegung des Denkens, in Thesis, Antithesis und Synthesis vollzogen, und der weitere Gedanken von der Welt als der verwirklichten Vernunft. Die reine Vernunft ist nun die logische Idee, das „Absolute" an sich, sie entfaltet sich im Weltleben, und gelangt zu immer höheren Formen des Sichverstehens und Wissens. Das Absolute, der „Weltgeist" hat eine metaphysische Wesenheit. und ist sich seiner selbst zunächst noch unbewußt. Tritt es aber ins Bewußtsein der Menschenseele, dann wird es zum „subjektiven Geist". Es ist eine weitere Entwicklungsstufe, wenn sich dann der subjektive Geist höher hinauf fortentwickelt zum „objektiven Geist" indem das Bewußtsein der Einzelseele zum Bewußtsein der Gemeinschaft wird und sich Recht, Sitte und Sittlichkeit schafft. Das ist die Aufgabe der immer wechselnden, objektiven Geister, Volksgeister, daß sie das Recht schaffen, nämlich ein jeder Entwicklungsstufe eigentümliches Recht, aber immer nur in der Hand, als Werkzeug des „Absoluten", mit bloß vorläufiger Bedeutung. Mit ihrer Hilfe soll eine weitere Entwicklung dann stattfinden, die zur unbegrenzten Einheit des göttlichen Lebens führt, in der alle Völkergegensätze aufgehoben sind, zum höchsten Recht des „Weltgeistes", dem allein uneingeschränkt „absoluten Geist", in dem die höchste Entwicklungsstufe des Absoluten erreicht ist. Mit der alleinigen Anerkennung des „objektiven Geistes" für das Werden des Rechts ist damit jeder Individualismus abgelehnt, wird der Begriff des Rechtes nicht mehr mit dem Einzelindividuum in Verbindung gebracht, sondern mit der Gemeinschaft: es siegen bei *Hegel* in der Lehre der Bewertung des Rechts Transpersonalismus, Sozialphilosophie, Sozialethik und Sozialpädagogik. Dies ist zumal für die Staatslehre von Wichtigkeit. Von noch größerer war aber *Hegels* Lehre der Universalität der Aufgaben des Staats. Der Staat ist in seinen Augen — als solcher! — „die Verwirklichung der absoluten Vernunft", der höchste Wert,

die vollkommenste Wirklichkeit. Und zwar die „Wirklichkeit der sittlichen Idee“ [1]) selber und als solche das „sittliche Ganze“, jedenfalls nichts Zufälliges oder Willkürliches, sondern notwendig und das an und für sich Vernünftige und Seinsollende. Im Staat kommt die Freiheit zu ihrem höchsten Recht und doch hat er das höchste Recht gegen jeden Einzelnen, dessen höchste Pflicht wiederum es ist, ein eifriges Mitglied des Staates zu sein. Denn der Staat bedarf der Hingabe seiner Bürger, da er mächtig sein muß, um seine Aufgaben erfüllen zu können: die Vervollkommnung des Gemeinschaftslebens, also die Pflege aller kulturellen und sozialen Bestrebungen. So bildet *Hegel* im Grunde die Idee der πόλις weiter, im Sinne von Platon und Aristoteles, aber nicht lediglich auf deren Stufe verharrend. Jedenfalls steckt in seiner Lehre die „politische“ — im Gegensatz zur heute herrschenden „sozialen“ — Staatsauffassung, wie sie der Antike eigen war, die zunächst an das Ganze und dann erst an die Interessen des Einzelnen dachte“ [2]). *Löwenstein* [3]) kennzeichnet das mit wenig Worten vielsagend:

„Der Begriff des Staates ist bei *Hegel* viel umfassender, als in der heute gewöhnlich gebrauchten Bedeutung. Unter den heutigen Umständen ist man leicht geneigt, die Probleme der Kultur, des Volkes, der Gesellschaft und des Staates zu scheiden und im Staat nur die machtpolitische Seite zu sehen. Für *Hegel* bilden diese Probleme eine einzige Einheit. Daher ist seine Staatsphilosophie zugleich Kulturphilosophie, Soziologie und Staatslehre im engeren Sinne. Kultur, Volk und Staat bilden eine Einheit . . . Der Staat ist die Einheit des kulturell-geistigen Lebens, der gesellschaftlichen Organisation, der Verfassung und der politischen Macht: Die Totalität aller weltlichen Kulturerscheinungen. Daher sind für ihn Staat, Nation, Volksgeist, Gemeinwesen und Reich aufeinanderbezogene, wenn nicht gar synonyme Begriffe . . .“

Schon aus diesem geht hervor, wie verschiedenartig eine so universale, alles umfassende Lehre sich auswirken muß. Ohne weiteres kann man heute die genannten Worte für ein nationalistisches wie für ein sozialistisches Parteiprogramm verwerten (Regelung aller Gebiete durch den Staat, Eingriffe desselben weitestgehender Art, Sozialisierung zum allgemeinen Wohl usw.) Will man aber überhaupt diese Staats-

---

[1]) vgl. dazu noch Ziegler, Die . . Strömungen etc. S. 140. — [2]) Treitschke Politik, Bd. 1. S. 2. — [3]) Hegels Staatsidee, S. 29. —

gedanken zur Geltung bringen, so muß es in einer Weise geschehen, wie sie *Hegel* vorschwebte: mit dem Blickpunkt auf die Idee des Rechts, der Gerechtigkeit, der Ethik.

Hegels Philosophie hat seinerzeit tiefen Eindruck hervorgerufen, denn mit seinem allumfassenden System hat er „die Aufgabe der Philosophie virtuos gelöst" (*M. E. Mayer*). Im Verlaufe des vorigen Jahrhundert aber wurde sie „offiziell" allgemein abgelehnt, oder meistens nur ganz einseitig fortgebildet. Sie war aber „inoffiziell" besonders in der Politik von einschneidendem Einfluß in dieser Weise. Es ist dabei für ihre Allgemeinheit bezeichnend, daß *Hegel*sche Gedanken sowohl in der konservativen Richtung (*Stahl*) weiterwirkten, als auch in der liberalen *(Delbrück)* und sogar der sozialistischen (*Marx,* dessen ganze materlialistische Geschichtsauffassung sowie dessen und der heutigen sozialistischen Schriftsteller dialektische Methode ja auf *Hegel* zurückgeht). Vor allem hat *Hegel* auf Bismarck und angesichts dessen überragenden Einflusses auf sein Zeitalter überhaupt, unbewußt und indirekt stark eingewirkt, wenn auch Bismarck selbst von ihm wenig wußte und nicht viel wollte. In der Philosophie und im Geistesleben allgemein war seine Lehre jedoch so gut wie verschollen, ja, man scheute sich eigentlich, als „zünftiger Philosoph" seinen Namen zu nennen. Hier ist ihm im Grunde nach *Stahl* nur *Lasson* und in gewisser Hinsicht, vor allem mit Bezug auf die metaphysische Einstellung, nicht aber hinsichtlich der Staatsauffassung *R. Eucken*[1]) treu geblieben, im Gegensatz zu ihrem Zeitalter. Dort war, zumal in den Reihen des Liberalismus, *Hegels* Lehre als die „Philosophie des „preußischen Staates" geradezu verpönt, *Hegel* wurde als der „königlich preußische Staatsphilosoph" verspottet[2]). Bekannt ist das Wort *Hayms*, in der *Hegel*schen Rechtsphilosophie habe „das schöne Standbild des antiken Staates einen schwarz-weißen Anstrich erhalten[3])".

Eine Wiedergeburt mit nachhaltiger und bedeutsamer politischer, tatsächlicher Wirkung erfuhr *Hegels* Lehre neuestens bezeichnenderweise nicht in Deutschland, sondern in Italien. Auf allen italienischen Hochschulen ist die Philosophie des deutschen

[1]) vgl. Ethik usw. S. 16 ff. — [2]) vgl. Ziegler, a. a. O. S. 146 — [3]) Hegel und seine Zeit.

Idealismus, und zwar besonders diejenige *Hegels* herrschend, die bedeutendsten italienischen Staatsphilosophen, *Croce* und *Gentile* bauen auf *Hegel* auf[1]). *Gentiles* „Aktivitätsphilosophie" ist die Philosophie des faschistischen Staates geworden. *Mehlis,* der neben *Max Wundt* jetzt bei uns dieselben *Hegel*-faschistischen Anschauungen lehrt, sagt hierüber:

„Daß der faschistische Staatsgedanke über die politische wirtschaftliche Sphäre hinausgreift und sich zur Form sittlichen Gemeinschaftslebens erhöht. Ganz im Sinne der Hegelschen Philosophie ist der Staat für Mussolini die im Leben seines Volkes konkret gewordene Sittlichkeit".

§ 7. Hegel-Renaissance.

Nun zeigt sich aber auch sonst in der neueren deutschen Philosophie, etwa seit der Jahrhundertwende, eine sehr weitgehende geistige Einstellung im Sinne *Hegel*scher Gedanken, sodaß man mit Recht davon spricht, es sei „in den letzten Jahren zu einer ganz ausgesprochenen Renaissance des Hegelianismus gekommen[2])". Das wird von den verschiedensten Seiten bezeugt, so von *Windelband*[3]), *Emge*[4]) u. a. m., und *Gg. Lasson* stellt fest[5]):

„Daß sich bei unseren Philosophen, und besonders bei dem jüngeren Geschlechte, die Neigung, vielleicht darf man sagen, das Bedürfnis kundgibt, die Philosophie nicht mehr in der Erkenntnistheorie, im Kritizismus oder in der Methodenlehre aufgehen zu lassen, sondern sie als systematische Erkenntnis zu behandeln. Und in dem Augenblicke, wo man das tut, kommt man selbstverständlich um den Denker nicht herum, der eben die Aufgabe, die Philosophie als systematische Erkenntnis zu entfalten, in der umfassendsten Weise angegriffen und . . . zu lösen gewußt hat"

Levy[6]) weist jetzt eingehend nach, wie die verschiedenen Richtungen in der deutschen Philosophie von ihren unterschiedlichen Ausgangspunkten her zu ausgesprochen *Hegel*schen Gedanken gekommen sind. Dabei handelt es sich, wie noch kurz zu zeigen sein wird, teils um ganz selbständige Richtungen, die sich darstellen als Endziele einer Entwicklung nach *Hegel* hin, als Entwürfe, Ansätze, teilweise Verwirklichungen eines hegelianisch dialektisch-metayphsisch Systems — teils sind es Bildungen, die zwar eigentlich jede Hegelianische Synthese ablehnen, aber doch zur Aufnahme *Hegel*scher Gedanken sich gezwungen sehen. Die

[1]) Mehlis in „Der Tag" v. 23. 11. 1929. — [2]) Sternberg Arch. R.W.Phil. XXI, S. 575 ff. — [3]) Die Erneuerung des Hegelianismus. — [4]) Hegels Logik usw. S. 1 mit Nachw. — [5]) Was heißt Hegelianismus? S. 7. — [6]) Die Hegel-Renaissance in der deutschen Philosophie.

„*Hegel*-Renaissance" genannte Bewegung ist demnach noch äußerlich von vielfacher Gestalt und wechselndem Gesicht — keineswegs kann man von einem festgefügten Bau, einem vollendeten, geschlossenen System sprechen. Aber die Entwicklung scheint doch hinzudrängen auf ein solches System einer allumfassenden Kulturphilosophie, letzten Endes zu einer großen Synthese, wie sie *Hegel* einst vollzog. *Levy* legt dar, wie bei den einzelnen Denkern der bedeutsameren Hauptrichtungen der neueren Philosophie die „*Hegel* Renaissance" sich geltend macht. So hat von den Neukantianern der Marburger Schule *Natorp* in seinen letzten Jahren eine unverkennbare Wendung zum Metaphysischen im *Hegel*schen Geiste genommen, so finden sich u. a. bei *Cohén* und *Nicolai Hartmann* wichtige Momente der Philosophie *Hegels*. Auch die südwestdeutsche Schule der Neukantianer zeigt zum Teil Annäherungen an *Hegel*, weniger *Rickert* und *Lask*, weitgehend dagegen *Windelband* und besonders *Kroner*. Ebenso aber zeigt sich auf der anderen Seite die „*Hegel*-Renaissance" im Kreise jener Denker, deren Anschauungen dem Neukantianismus als der „Philosophie der sich vom Leben sondernden Vernunft" im Ausgangspunkte diametral entgegengesetzt sind. Gemeint ist jene Richtung, die *Sauer* als „Phänomenologie", im weitesten Sinne verstanden, bezeichnet, die „Lebensphilosophie". Und zwar zeigen sich starke Anklänge an *Hegel* zumal bei den eigentlichen „Lebensphilosophen" (im engeren Sinne), die ihren Ausgangspunkt vom Leben, vom Erleben nehmen. So macht sich *Hegels* Einfluß besonders bei *Gg. Simmel* geltend, dessen Ansichten, vor allem seine Metaphysik, „geradezu als eine Neuformung der *Hegel*schen Weltanschauung" dargestellt werden. *Dilthey* weiterhin weicht zwar in der Methode und der Ablehnung des metaphysischen Elementes sehr von *Hegel* ab, kommt ihm jedoch nahe, in dem „Streben das Leben aus ihm selbst verstehen zu wollen". Er sagt wie *Hegel*, alles sei relativ, unbedingt allein „die Natur" des Geistes selbst, die sich in diesem allen manifestiere. Noch ausgeprägter im *Hegel*schen Sinne denkt dann ferner *Hans Freyer*; seine Bücher („Theorie des objektiven Geistes" und „Der Staat") lassen eine weitgehende Uebereinstimmung mit *Hegel* ganz klar in vielen Richtungen erkennen. Dasselbe ist mehr oder weniger endlich bei den neueren Phänomenologen i.

e. S. festzustellen, jener Phänomenologie, „der apriorischen Wissenschaft von den allgemeinen idealen Gegenständen: den „Wesen"" [1]). So verfolgt doch gerade *Husserl* mit seiner Phänomenologie ein Verfahren, welches *Hegel* geübt hat, nämlich das Allgemeine im Besonderen zu erfassen. Noch weit mehr kommt *Th. Litt* durch die Phänomenologie zu *Hegels* dialektischem Denken, durch das er „mechanisch getrennte Seiten" — wie Individuum und Gemeinschaft — als Einheit erkennt. Was endlich, wieder anders, *Spranger* betrifft, so kann seine Stellung nichts besser kennzeichnen als ein Wort von ihm selbst:[2])

„wir alle, Rickert, die Phänomenologen, die an Dilthey anknüpfende Richtung, treffen uns in dem großen Ringen um das Zeitlose im Historischen und über dem Historischen, um das Reich des Sinnes und seinen geschichtlichen Ausdruck in einer gewordenen konkreten Kultur, um eine Theorie der Werte, die über das bloß Subjektive hinausführt zum Objektiven und Geltenden . . . . Immer deutlicher . . heben sich schon heute Umrisse einer neuen Geistesphilosophie heraus, die vielleicht nur in Deutschland vollendet werden kann, weil wir das Erbe Hegels uns produktiv zuzueignen streben, und damit die umfassendste Totalität, zu der der menschliche Geist in seinem Weltverständnis bis heute gelangt ist".

Der hier soeben angedeuteten Entwicklungsbewegung in der allgemeinen Philosophie entspricht, wie das gewöhnlich und ja auch ganz natürlich ist, die Entwicklung in der neueren deutschen Rechtsphilosophie. Auch hier macht sich in den Reihen der Rechtstheoretiker die Wiedergeburt Hegelscher Gedanken bemerkbar. Zum Teil ist das Zurückgehen auf Hegel ein mehr oder weniger unmittelbares und selbständiges, auch bewußtes, zu einem andern Teil ist diese Strömung ganz unter dem Einfluß von irgendwelchen der vorhergenannten Philosophen zustande gekommen. Das kulturphilosophisch eingestellte System *M. E. Mayers* wurde bereits in anderem Zusammenhange erwähnt als zur Hegel-Renaissance gehörig. Weiter muß dann aber in erster Reihe *Sauer* genannt werden,[3]) der in einer großen, ganz an Hegel anklingenden Synthese von deduktivem („Grundgesetz") und induktivem („Wertmonade") Verfahren, aus Erkenntnistheorie, Phänomenologie und Kulturphilosophie zu einem wissenschaftlichen System kommt, dessen Abschluß eine metaphysische

[1]) Hofmann, Dt. Literat. Ztg. 1929, S. 156. — [2]) „Logos", XII, S. 198, cit. nach Levy, a. a. O. S. 20. — [3]) vgl. Grundlagen der Wissenschaft usw. und Arch. f. Rechts- und Wirtsch. Philosophie, Oktober 1928.

Weltanschauung bildet. Als Vertreter der phänomenologischen Richtung, die ja oben allgemein als zur „Hegel-Renaissance" gehörig angesprochen wurde, soll nur kurz zunächst auf *Felix Kaufmann* hingewiesen werden. Als ganz besonders ausgesprochener Hegelianer aber darf endlich *Binder*[1]) bezeichnet werden. Seine Lehre ist transpersonalistisch im Hegelschen Sinne, er geht vom südwestdeutschen neukantischen Kritizismus aus und kommt von da zu seinem System des „kritischen Idealismus", das wohl am meisten beeinflußt ist von Hegel. So setzt *Binder* z. B. mit Hegel voraus, daß das wirkliche Recht einen Sinn hat, der nur zu entdecken ist, schließt sich auch — cum grano salis! — der Hegelschen These: „Vernünftig-Wirklich" an. Besonders in seinen neuesten Schriften kommt *Binder* zu einem immer stärkeren Bekenntnis zu Hegelscher Philosophie und Staatsauffassung. Ueberaus kennzeichnend ist hier ein Satz wie der nachstehende:[2])

„Der Staat ist als die geschichtliche und rechtliche Wirklichkeit des Volkes ein sittliches Wesen und alles, was er unternimmt, um sich und damit die Nation zu erhalten und zu fördern, ist sittlich gerechtfertigt, sofern nur die Nation selbst ihr Recht auf Dasein und Wirksamkeit vor dem Richterstuhl der Geschichte und der Vernunft darzutun vermag. Es ist unmöglich, daß durch solche Handlung der Staat Sitte und Recht verletze."

Dann ist an dieser Stelle noch *Walther Schönfeld*[3]) zu nennen, der in weitgehendem Maße sich insbesondere einer ganz ausgesprochen Hegelschen dialektischen Methode in der Rechtsphilosophie bedient, und endlich *Emge*[4]), dessen rechtsphilosophische Schriften bewußt und im Sinne der Phänomenologen auf Hegels Lehren fußen und insbesondere im Aufbau des Systems hegelianisch anmuten.

Die Nennung dieser Rechtsphilosophen muß genügen, soll sich doch diese Darstellung darauf beschränken, die Entwicklung und die Hegel-Renaissance speziell in der Staatslehre darzustellen. Und auch hier soll und kann der Anspruch nicht erhoben werden, eine erschöpfende Aufzählung der Hegelianer (in diesem Sinne)

[1]) Philosophie des Rechts. — [2]) Aus Staatsraison und Sittlichkeit. 1929. — vgl. aber noch Arch. R. W. Phil. (1929) XXII, S. 309 ff. — [3]) vgl. sein neues Werk: Ueber den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz. 1929. — [4]) vgl. Arch. R. W. Phil. XXI (Juli 1928): „Das Apriorische im Recht" und: „Hegels Logik und die Gegenwart".

unter den Staatsrechtslehrern zu geben. Es kann nur ein Ueberblick gegeben und zu diesem Zwecke gewissermaßen ein Querschnitt gemacht werden, an dem man aber immerhin die Tendenzen und Richtlinien ersehen kann. Auch in der Staatslehre macht sich, von den verschiedensten Ausgangspunkten aus, eine Wiedergeburt Hegelscher Gedanken bemerkbar. Diese neue Hegel-Renaissance ist in ihrer Unmittelbarkeit und Wissenschaftlichkeit wesentlich verschieden von der Geistesrichtung älterer, auch in gewisser Weise durch *Hegel* beeinflußter Staatsrechtler wie etwa *Gneist, Rodbertus* oder *v. Mohl.* Diese waren nicht eigentlich selber von Hegel beeinflußt — der war ja seit den ausgehenden 70er Jahren des letzten Jahrhunderts verfemt von einer ganz naturalistisch oder materialistisch, statt idealistisch eingestellten Generation des krassesten Positivismus. Ihre Einstellung ist vielmehr unmittelbar nur zurückzuführen auf den Eindruck der gewaltigen Persönlichkeit Bismarcks, von dessen Stellung zu Hegel schon gesprochen wurde. Anders heute, da man sich offen wieder zu Hegel bekennt und auf ihn zurückgeht. Und nun hat sich gerade bei jener bereits öfters erwähnten, aufschlußreichen Erörterung über den Gleichheitssatz der deutschen Reichsverfassung in einer der grundlegenden Ausführungen ein ganz ausgesprochener „Hegelianismus" gezeigt. Nämlich in den Lehren Erich *Kaufmanns.* Bei Kaufmann hört man schon 1920 in seiner „Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie" ein offenes Bekenntnis zur Metaphysik, zu dem Gedanken, daß die letzten höchsten Werte, wie die Rechtsidee einer ist, garnicht ausschließlich rationell ergründet werden können, daß vielmehr doch immer einmal die Ueberzeugung, der Glaube hinzutreten muß. Und zwar muß nach ihm das Verhältnis der Idee zur Wirklichkeit so gedacht werden, wie es schon in Platos Ideenlehre erscheint: Das Bleibende tritt im Wechselnden, das Uebersinnlichen im Sinnlichen, das Göttliche im Menschlichen zutage. Die Idee des Rechtes also tritt demgemäß zutage in den wechselnden „positiven" Rechten, in den wechselnden Rechtanschauungen der Generationen. Um aber diese letzten überpositiven Rechtsnormen aufzufinden, muß man zurückgehen auf den in den individuellen Rechtsinstituten verkörperten ethischen Gehalt. Damit wird denn auch gleichzeitig betont, daß man immer doch bei Auslegung und Lückenfüllung

sich zuerst an die Wertungen zu halten hat, die im gesetzten Recht zum Ausdruck gekommen sind. Nur wenn diese im Stich lassen, soll man die Maßstäbe anlegen, die man im Bewußtsein der rechtlich verbundenen Gemeinschaft findet. Weiter geht daraus hervor: Die absolute, den kurzlebenden, irdisch-beschränkten Menschen unfaßbare Rechtsidee äußert sich im Rechtsgefühl der Generationen, sie ist nach diesem allen auch letztlich zurückzuführen auf die Ethik. Die jeweils lebenden Menschengeschlechter haben nun die Aufgabe, das richtige Rechtsprinzip zu wählen, sie müssen, ein Werkzeug in der Hand und im Dienst der absoluten Rechtsidee, ihre Rechts- und Legitimitätsvorstellungen, ihr „eigenes Kultursystem von individueller Werthaftigkeit" zum Ausdruck bringen in Gesetz und Gewohnheitsrecht, es liegt ihnen eine schöpferische Aufgabe ob. Dies sind ganz Hegelsche Auffassungen, nur in sehr anderer Terminologie. *Kaufmann* kommt somit zu einem überpositiven „Recht", das über Staat und Gesetz steht, von dem das Gesetz nur eine und nicht die einzige Erscheinungsform ist. Diese seine Anschauung wurde bereits in den Worten ausgedrückt, die ganz am Anfang dieser Abhandlung zitiert wurden, für den Gesetzgeber ergibt sich insbesondere noch daraus, daß es

„nur zwei spezifische Aufgaben (sind), die dem Gesetzgeber unbedingt vorbehalten bleiben müssen . . . das ist zunächst die Entscheidung über die Wahl der maßgebenden Gerechtigkeitsprinzipien, für die zu regelnden Rechtsgebiete, dann die Schaffung der rechtstechnischen Formen und Normen".

Auf den vielfach gerade gegen *Kaufmann* erhobenen Vorwurf, er falle mit diesen Ansichten ganz in Fehler der alten Naturrechtstheorien zurück, wird noch später einzugehen sein. Zunächst sei hier als auf weiteren Vertreter der Hegel-Renaissance auf *Holstein* [1]) hingewiesen, der im Anschluß an *Kaufmann* behandelt werden muß, da er sich wohl in engster Uebereinstimmung mit ihm befindet. Er unterscheidet sich von ihm im wesentlichen dadurch, daß er dessen ziemlich allgemein gehaltene und reichlich subjektiv-weltanschaulich gefärbten Ansichten — dies, wenigstens, soweit sie auf der erwähnten Tagung der Staatsrechtslehrer in Münster zum Ausdruck kamen — für eine „geisteswissenschaftliche Methode" auswerten will. Eine Methode, die, auch ganz im oben gekennzeichneten Hegelschen Sinne [2]),

[1]) vgl.: a) Veröff. d. Verein. Dt Staatsrechtslehrer, III, 55 ff. b) Arch. öff. Recht, N. F. 11, 1 ff. — [2]) Arch. öff. R. 11, 31.

„die ideengeschichtlichen Zusammenhänge unserer Rechtskultur bewußt als Erkenntnisquelle für die Erfassung des positiven Rechts und die Herausarbeitung seiner tragenden Rechtsgedanken fruchtbar zu machen versucht".

Eine ganz andere Erscheinungsform der Hegel-Wiedergeburt zeigt sich ferner — ganz entsprechend dem Vorbild in der allgemeinen Philosophie — bei Staatsrechtlern, die von vollkommen andern Standpunkten ausgehen. Hier sei zunächst von den Jüngeren auf *H. Gerber*[1]) hingewiesen, der wohl ursprünglich stark unter Stammlerschem Einfluß stehend, zu einer hegelianischen Einstellung kommt uud zwar dies unter dem Einfluß der Religionsphilosophie und Sozialphilosophie *Brunstäds*, dessen starkes Einwirken auf sein philosophisches Denken *Gerber* selbst ausdrücklich hervorhebt. *Brunstäd* aber hat sich (nach *Levy*) „von einem orthodoxen zu einem reformierten Hegelianismus fortentwickelt". *Gerber,* der in seiner Terminologie und Methodologie Stammler im übrigen sehr nahe kommt, gelangt demgemäß auch zu unverkennbar Hegelschen Gedanken, von denen hier nur der erwähnt werden soll, daß ihm „Staat und Recht im Grunde nur als Willenserlebnis faßbar sind"[2]). — Wieder anders aber ebenfalls zur Hegel-Renaissance gehörend *E. v. Hippel*[3]). Für ihn ist das Recht ein durchaus ideologisch-teleologisches Gebilde, das letzten Endes in der Ethik verankert, eine metaphysische Grundlage hat. Es ist im Grunde dasselbe, wie Hegels Wort, „es komme auf das sittliche Erlebnis an, indem sich der objektive Geist offenbare", wenn v. Hippel den Hauptwert auf eine Rechtsauslegung legt, welche er „im weitesten Sinne als Sinndeutung und Sinngebung begreift", wobei der „metaphysische Mensch", der an der Sinngebung des Rechts der Gegenwart schöpferisch beteiligte Jurist sich ihm als rechtswissenschaftliches Ideal ergibt. — Eine hiervon wieder verschiedene Richtung gibt sich dann kund in den Lehren des Soziologen und Staatsphilosophen *H. Freyer,* auf den ja bereits oben hingewiesen wurde, als auf einen der Vertreter der „Lebensphilosophie" und Schüler Diltheys. In seinem Buch „Der Staat" zieht er alle Folgerungen

---

[1]) vgl. zum Text: a) Geld und Staat, s. S. VI., S. 22 ff. — b) Jur. W. 1926, 2515 ff. — [2]) Tatarin-Tarnheyden, Ztsch. f. öff. R., VII, S. 40. — [3]) vgl. zum Text insbesd.: Arch. öff. R., N. F. 12, S. 393 ff.

aus der Hegelschen „Staatsvergötterung", indem er den Staat als absolutes Ziel der Kultur setzt:[1])

„Der Staat ist der Geist am Ziel, ist die Kultur als vollkommenste Verwirklichung ihres Sinnes, ist bündigste Form und objektivster Schicksalsraum, der sich auf Erden denken läßt".

Wie für Hegel, so ist auch für Freyer der Grundgedanke seiner Staats- und Rechtsphilosophie der, daß der Staat die Wirklichkeit der Freiheit sei. Auch er betont sehr die Hegelsche Anschauung, der Staat mit seiner Rechtsordnung sei nicht eine dem Einzelindividuum fremd und äußerlich gegenüberstehende Macht. Er ist als ganz ausgesprochener Hegelianer in dem hier verstandenen Sinne zu bezeichnen. — Ferner soll als auf einen staatstheoretischen Vertreter der Phänomenologie noch auf *Smend* hingewiesen werden, der von wieder anderen Gesichtpunkten aus zur Hegel-Renaissance zu zählen ist. Er ist einer derer, die nicht unmittelbar von Hegel beeinflußt sind, sondern durch Vermittlung eines Neuhegelianers der allgemeinen Philosophie. Aehnlich wie Gerber; aber noch viel ausdrücklicher betont Smend, er habe die erkenntnistheoretische Grundlage für seine staatstheoretischen Erörterungen[2])

„nicht auf eigenen philosophischen Wegen zu erarbeiten gesucht, sondern sich darauf beschränkt, unter den vorhandenen Versuchen philosophischer Grundlegung der geisteswissenschaftlichen Arbeit den praktisch fruchtbarsten und brauchbarsten auszuwählen und seine Verwendbarkeit für die besonderen Bedürfnisse der Staatslehre darzutun" und zwar: „an Hand der für mich grundlegenden Arbeiten von Theodor Litt".

Auf *Litt* aber wurde schon einmal eingegangen und gezeigt, daß seine phänomenologische Lehre eine echte, ganz vom Hegelschen Geist durchtränkte Fortbildung des Hegelianismus ist. Und so ist denn auch Smends neuestes Werk „Verfassung und Verfassungsrecht" ganz Litt entsprechend von dem Grundgedanken der Hegelschen Dialektik beherrscht. Mit dieser Uebereinstimmung in Methode und Grundanschauung kommt *Smend* der Hegelschen Staatsauffassung in vielen Punkten sehr nahe. Es soll hier nur hingewiesen werden auf die Uebereinstimmung in den Gedanken über das Verhältnis des Einzelnen zum Staat, des Individuums zur Gemeinschaft: weder der Einzelne, noch die Gemeinschaft dürfen als isolierte Elemente aufgefaßt werden, nur „als Momente einer dialektischen Zusammen-

[1]) Der Staat, S. 20. — [2]) vgl. Verfassung und Verfassungsrecht, S. VII.

ordnung", können nur als Einheit (phänomenologisch) „erschaut" werden. Oder die Stellungnahe zu der Lehre von der Gewaltenteilung. Hier stimmt *Smend* mit den Hegelschen Lehren vollkommen überein, daß die einzelnen „Gewalten" nicht für sich gesondert, und als gegenseitige Beschränkung aufgefaßt werden dürfen, sondern als „dialektische Momente des politischen Staats", seiner verfassungsmäßig geordneten Lebenswirklichkeit, d. h.: jede „Gewalt" existitiert eben nur, sofern sie ein Glied des Ganzen, des Staatsganzen ist, und andrerseits lebt und ist als Wirklichkeit vorhanden der Staat nur in einer jeden dieser Gewalten. Mit dieser dialektischen Methode im engsten Zusammenhange steht der Grundgedanke des Smendschen Systems, der der „Integration". So wie *Hegel* vom Gedanken der Selbstbewegung des Denkens zu einer dynamischen, genetischen Betrachtungsweise, kommt *Smend* auf demselben Wege zu dem dynamischen Begriff: „Integration", dem „Kernvorgang des staatlichen Lebens". Der Staat ist nach ihm weder ein ruhendes Ganzes, noch etwa ein „Zurechnungspunkt", etwas Unwirkliches, sondern er ist durchaus Realität, ein Stück der Wirklichkeit. In dieser Art ist er wirklich vorhanden, existiert er jedoch nur in seinen einzelnen Lebensäußerungen, wie Verwaltungsakten, Gesetzen, Urteilen, u. a. m., sofern diese „Bestätigungen eines geistigen Zusammenhanges" sind — und der Staat „lebt" so vor allem in der dauernden Erneuerung und Fortbildung dieses Zusammenhangs, d. i. des staatlichen Willens. Es ist „ein Prozeß beständiger Erneuerung, dauernden Neuerlebtwerdens", wovon der Staat lebt[1]). Und die Aufgabe der Verfassung ist nun, diesen Prozeß, Lebensvorgang, die „Integration" zu regeln, dem sich immer erneuernden Leben des Staates Form und Inhalt zu geben. Wenn endlich nunmehr als zur „Hegel-Renaissance" gehörig auch zwei Ausländer, der Schwede *Kjellén* und der Holländer *Krabbe* mit wenigen Worten erwähnt werden, trotz der gemachten Einschränkung, wonach nur die Wiedergeburt des Hegelianismus ausschließlich in der deutschen Staatsrechtswissenschaft gekennzeichnet werden sollte — so geschieht dies deshalb, weil ihre Hauptwerke (*Kjelléns* „Der Staat als Lebensform", und *Krabbes* „Die moderne Staatsidee") vornehmlich infolge einer Auseinandersetzung mit der herrschenden

[1]) Darüber, daß schon, Bismark dieselben Anschauugen gehabt hat vgl. neuestens: Rothfels, Dt. Lit. Ztg. 1929, 2304 ff.

positivistischen deutschen Staatslehre entstanden sind und mit der neuesten Entwicklung in der deutschen Staatstheorie Hand in Hand gehen. Sie gehören in erster Reihe zu denen, welche die Philosophie und die Staatslehre nicht in einer Methodenlehre aufgehen lassen wollen, sondern sie als allesumfassende systematische Erkenntnis im Hegelschen Sinne behandeln, auf der Grundlage rein empirischer Auffassung des Staates. Nach ihnen werden die Staaten — das ist *Kjelléns* These[1]) —

„nicht als wandelnde Verfassungsschemata oder Rechtssubjekte angesehen, sondern als große Lebewesen, als überindividuelle Persönlichkeiten, die im Guten und Schlechten von Lebenstrieben erfüllt sind . . . . jeder ist an seine Daseinsbedingungen gebunden, wie sie aus der Entwicklung und der äußeren Umgebung erwachsen sind. Die Organisation ihrer Regierung und ihres Rechtes ist bloß eine dieser Bedingungen, eine Seite ihres Wesens; außerdem müssen wir sie aber auch als geographisch organisierte Individuen, oder Reiche, als ökonomische oder Reichshaushalte, als ethnische oder Völker, als soziale oder Gesellschaften ansehen."

Diese wenigen Beispiele und Namen aus den Reihen der Staatstheoretiker werden gezeigt haben, wie von den gegensätzlichsten Ausgangspunkten und Richtungen aus man neuestens in weiten Kreisen trotz der mannigfachsten Einzelunterschiede zu gemeinsamen Hegelschen Gedanken kommt, wie man vordringt zu einer Geistesrichtung, die die Bezeichnung „Hegel-Renaissance" rechtfertigt. Die Genannten sind nur Repräsentanten, sie sollen bloß darüber orientieren, welche mannigfachen und durchaus verschiedenen geistigen Strömungen hier zusammenlaufen. Daß diese kurze Darstellung den Anspruch auf Vollständigkeit in keiner Weise erhebt, wurde ja auch bereits erwähnt; es müssen ihrer großen Bedeutung wegen hier nur noch einige staatsrechtliche Schriftsteller wenigstens erwähnt werden, wenn es schon nicht möglich war, ihre Zugehörigkeit zu den Neohegelianern (im weitesten Sinne verstanden!) eingehend darzustellen. Zu ihnen gehören z. B. *Triepel* und *Marschall v. Bieberstein* und — diese letzteren teilweise mit Gedanken, die denen von *Smend* sehr nahe kommen — *Waldecker* und *C. Schmitt* und von Soziologen sei hier nur kurz hingewiesen auf *O. Spann* und *Vierkandt*.

---

[1]) Die politischen Probleme des Weltkriegs, S. 4.

§ 8. Stellungnahme zur Hegel-Renaissance.

Auch diese Untersuchung bekennt sich grundsätzlich für eine Wiedergeburt der Hegelschen Gedanken. Das geht schon aus der Ablehnung der anderen rechtsphilosophischen und staatstheoretischen Lehren sowie aus der Darstellung der Hegel-Renaissance hervor, bedarf aber noch näherer Begründung.

Und zwar ist hier zunächst zur Rechtfertigung des „Hegelianismus" darzulegen, daß die ganze Bewegung weder in naturrechtliche, noch in Irrtümer der Freirechtler verfällt, daß vielmehr die auf manche Vertreter der Hegel-Renaissance angewandte Bezeichnung: „modernes Naturrecht" falsch und irreführend ist. Nun sind gerade die Ansichten und Ausführungen *E. Kaufmanns* über den Gleichheitssatz viel mißverstanden worden -- man hat (so z. B. *Tatarin-Tarnheyden, Anschütz, Kelsen*) aus ihnen geschlossen, daß Kaufmanns Richtung eine Wiederkehr der alten Naturrechtsgedanken sei. Kaufmann ist allerdings auch derjenige der „Neuhegelianer", dessen Ausführungen in ihrer Extremität am leichtesten zu einer solchen mißverstandenen Behauptung Anlaß geben können, es soll daher gerade im Anschluß an seine Lehren gezeigt werden, daß diese Vorwürfe der „Hegel-Renaissance" gegenüber unbegründet sind. Der Ausdruck „modernes Naturrecht" trifft höchstens zu auf die Anschauungen *L. Nelsons* [1]) sowie die zahlreichen bald nach dem Umsturz 1918 aufgetretenen Versuche, von denen etwa der *Friters* zu nennen ist [2]). Mit Naturrecht zu bezeichnen ist auch die katholizistische, auf *Thomas von Aquino* zurückgehende Richtung des „Neothomismus" (*Cathrein* [3]), *Graf v. Hertling* [4]), die sich berufen kann auf den Codex juris canonici (vgl.: can. 1068, § 1; can. 1509), deren jus divinum sich aber schließlich auch nur auf gewisse allgemeine Grundsätze bezieht. Mit beiden hat Kaufmanns Lehre nichts zu tun, sie ist weiterhin aber vor allen Dingen besonders nicht mit dem Naturrecht des Rationalismus der Aufklärungszeit verwandt. Hieran denkt man doch gewöhnlich bei dem Ausdruck „Naturrecht", von dem *Gierke* [5]) sagt, daß man „es als Ausdruck eines für den

[1]) System der philosophischen Rechtslehre und Politik. — [2]) Revolutionsgewalt und Notstandsrecht. Rechtsstaatliches und Naturrechtliches. — [3]) Recht, Naturrecht und positives Recht. — [4]) Recht, Staat und Gesellschaft. — [5]) Johannes Althusius etc. S. 272.

Staat transzendenten Prinzips und andererseits als wahres und vollkommen bindendes Recht" aufgefaßt habe. Das letztere, die Auffassung, das natürliche Recht „binde", das ist, wie *Manigk*[1]) mit besonderer Klarheit und Schärfe hervorhebt, das Problem der Frage. Hier liegt der Fehler, der von allen Naturrechtstheorien immer wieder gemacht wurde, und der diese zum Scheitern verurteilte, seit Aristoteles (Nikomachische Ethik, V,10) und den Römern (s. Instit. I, 1 pr. und § 1) bis zu manchen Freirechtlern hin. Der Fehler zumal der älteren Naturrechtslehren lag nun aber nicht nur darin, daß sie das natürliche Recht für geltend, sondern sogar für allgemeingültig hielten. Die neue Lehre — und mit ihr *E. Kaufmann* – macht diesen Fehler nicht, sieht ihn vielmehr und bekämpft ihn ausdrücklich: „Die Zauberkraft des abstrakt Allgemeinen versagt". Der Glaube an ein durchgeführtes Naturrecht mit dem Anspruch auf absolute Geltung ist ohne Zweifel so wie es historisch aufgetreten ist, systematisch überwunden. Das ist das Verdienst *Savignys* und seiner historischen Schule, es ist auch das Verdienst des Positivismus, *Bergbohms* an der Spitze. Seit *Stammler* hat man jedoch mit voller Klarheit erkannt, daß zwar das Naturrecht tot ist — „il diritto naturale è morto" sagt *Maggiore*[2]) in diesem Sinne, — aber nicht seine Idee. Die lebt weiter als „kategorische Vernunftforderung des Unpositiven gegenüber dem Positiven" (*Manigk*). — Es war nun später der Fehler der Freirechtschule, zwar dem Naturrecht Allgemeingültigkeit abzusprechen, aber dennoch die Aeußerungen der Idee des natürlichen Rechts, so wie sie im Rechtsbewußtsein der Menschen erschien und immer erscheinen wird, wie unmittelbar geltendes Recht behandeln zu wollen und diese Forderungen der Idee des Rechts tatsächlich im Widerspruch zum gesetzten Recht anwenden zu wollen, wenn sie mit dem positiven Recht einerseits und dem Rechtsgefühl andererseits in Konflikt kamen. Das war ebenfalls ein Hinübergleiten in Naturrechtsirrtümer. Denn geltendes Recht kann nur das sein, das „im staatlichen Akt der Gesetzgebung oder soziologisch in fortschreitender Rechtsübung Anerkennung gefunden hat"[3]). Vorher sind diese Rechtsvorstellungen

[1]) Die Idee des Naturrechts; — s. auch: Wie stehen wir heute zum Naturrecht? — [2]) Revue internationale, I, 40. vgl. auch ebendort: Kallab, S. 89. — [3]) Manigk, Die Idee des Naturrechts, S. 26. vgl. jetzt besonders Jung, Arch. R. W. Phil. 1929, S. 250, 252.

lediglich Naturrechtsforderungen, also auch noch keineswegs erzwingbar. Sie sind wohl „Recht", so gut, wie die Gesetze des Staates, sie sind eben unpositives Recht, jus nasciturum gegenüber dem jus natum, dem positiven Recht. — Anschaulich ist das Gleichnis *Manigks*, nach dem das Positive ein „Festland ist, das von der Flut umspült und stetig verändert wird", die Flut ist dabei der „unerschöpfliche Born, aus dem das jus nasciturum strömt". In der Idee und ihrem sittlichen Gehalt nach sind die unpositiven Rechtssätze also stärker, aber in der Wirklichkeit des Lebens sind die Normen des positiven Rechts die mächtigeren, sind allein mit Zwang ausgestattet. Aus diesem Gegensatz entsteht der uralte „Kampf des Rechtes gegen die Gesetze", den 1925 Frhr. Marschall v. Bieberstein im Anschluß an das Antigone-Problem zum Gegenstand seiner inhaltreichen und so viel erörterten Rede machte, der in allen Zeiten und bei allen Völkern durchkämpft und von den größten Dichtern dargestellt worden ist von Sophokles und Plato an bis zu Skakespeare und Goethe. Der Jurist aber muß sich hier bescheiden, er kann und darf keine „Gefühlsjurisprudenz" treiben, für ihn muß der positive gegebene Rechtsstoff nicht nur Ausgangspunkt sein, sondern er muß allein „gelten" — vor dem unpositiven Recht. Ausschließlich und allein, wenn das positive Recht schweigt oder fehlt, darf er auf das unpositive zurückgreifen. Auch hierin ist Kaufmanns Lehre gerechtfertigt. So sagt er in Beziehung auf das von ihm behandelte Thema, daß „in dem Gleichheitssatz ein überpositives Rechtsprinzip aufgestellt sein sollte". Und das trifft geschichtlich auch zu: Der Satz der Gleichheit vor dem Gesetze ist einmal eine Naturrechtsforderung gewesen. Ein Grundsatz des vermeintlichen überpositiven Rechts, wurde formuliert und aufgestellt. Solange nun diese Forderung lediglich eine sittliche oder politische blieb, war sie keineswegs geltendes Recht. Geltendes Recht aber ist sie geworden — und damit auch positives, nicht mehr über- oder unpositives, Recht — sobald sie als „Grundrecht" oder auf eine andere Weise in ein staatliches Gesetz oder in die Verfassung aufgenommen war. Die alte Naturrechtsforderung der Gleichheit vor dem Gesetz nun ist in die Verfassung des deutschen Reichs aufgenommen, ist geltendes deutsches Reichsrecht, und nur in ihrer Bedeutung als geltendes positives Rechtsinstitut will *Kaufmann* sie auch anwenden. Er sagt ledig-

lich, diese positive Verfassungsbestimmung binde, weil sie einst als solche gedacht war, die überpositiv sei, d. h. also über Staat und Gesetzgeber stehe, auch jetzt noch den Staat und den Gesetzgeber. Daß *Kaufmann* also die Fehler der alten Naturrechtstheorien und der Freirechtler vermeidet, werden zur Genüge diese Ausführungen gezeigt haben, aus denen hervorgeht, wie sehr seine Ansichten im Grunde übereinstimmen mit den Lehren *Manigks* — und gerade Manigk wird doch niemand irgendwelche Neigung zu solchen naturrechtlichen Fehlern vorwerfen können, soll er doch, ganz im Gegenteil, dem „Modernismus" sogar angeblich zu ablehnend gegenüberstehen [1]). Kein Naturrechtssystem wie in der Zeit des Rationalismus lehrt man also jetzt, wie sich aus die Betrachtung der Lehre Kaufmanns ergibt, sondern man nimmt nach *Rümelin* [2]) an:

„daß es zu allen Zeiten möglich sei, bestimmte Inhalte als in den Herzen der Rechtsgenossen lebendes Recht festzustellen, ein Recht, das zwar, wenigstens der Hauptsache nach, im steten Fluß der Entwicklung sich befinde aber doch im einzelnen Zeitpunkt mit Sicherheit ermittelt werden könne. Dieses Recht sei unabhängig vom staatlichen Befehl, vor dem Staat vorhanden und ihm übergeordnet."

Nach dieser grundsätzlichen Rechtfertigung hinsichtlich des Verhältnisses zur Idee des „Naturrechtes", soll im einzelnen untersucht werden, inwieweit Hegelsche Anschauungen für eine moderne Staatslehre fruchtbar gemacht werden können. Denn sicherlich wäre es verfehlt, nun mit einem allgemeinen Bekenntnis zu Hegel auch einfach seine ganzen Ideen in Bausch und Bogen rezipieren oder gar kopieren zu wollen. Aber so weit geht ja auch keiner der modernen Philosophen und Staatsrechtler, sie suchen die Fehler zu vermeiden, die Hegels Lehren nun einmal anhaften, und die das Schicksal seiner Philosophie und die wissenschaftliche Kritik aufgedeckt haben. Von diesen Fehlern sollen und können im Rahmen dieser Darstellung nur einige wenige besonders offenkundige herausgegriffen werden. So braucht man nicht, wie es vielfach geschieht, seine dialektische Methode ohne weiteres gänzlich zu verwerfen, aber man kann nicht leugnen, daß zum mindesten ihre schematische Anwendung unhaltbar ist:

[1]) nach Rumpf, Jur. W. 1926, 2513. — [2]) Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 74. — Ganz hiermit und mit Manigk übereinstimmend auch Jung, „Positives" Recht, S. 50.

Hegels Naturphilosophie ist ja auch hieran gescheitert. Ein unbestreitbarer und unentschuldbarer Widerspruch liegt fernerhin darin, daß Hegel einerseits sagt, die Philosophie sei „das in Gedanken gefaßte Bewußtsein ihrer Zeit", was ganz temporär-relativistisch gedacht ist, wie er denn auch ebenso denkt über den „objektiven Geist" einer jeden Zeit — andererseits aber erklärt er sein eigenes System sowohl, wie auch den objektiven Geist seiner eigenen Zeit für von absoluter Bedeutung! Und ebenso lassen sich mehr Widersprüche finden: unlösbare Schwierigkeiten ergeben sich beispielsweise aus der Zweideutigkeit des: Vernünftig-Wirklich, aus dem Verhältnis des Entwicklungsgedanken zu dem eines geschlossenen Systems, sowie ganz allgemein aus dem Widerspruch des von Hegel zur Geltung gebrachten Relativitätsgedankens zu der doch auch von ihm geforderten Allgemeingültigkeit.

Aber das alles ist durchaus nicht ausschlaggebend. Mag man auch Hegels Philosophie, seine Methode und sein System, so wie sie im einzelnen ausgestaltet worden sind, tadeln und ablehnen — die Philosophie lebt doch noch von etwas ganz anderem. *Scholz*[1]) weist darauf hin: Die Persönlichkeit des Philosophen, seine, des großen Denkers, philosophische Gesinnung ist das Bleibende! Sie ist es, die eine Hegel-Renaissance vor allen Dingen wieder erwecken muß, sie muß in erster Reihe belebend einwirken auf das Denken der Gegenwart. Die Schranken und den Formalismus seines Systems muß man beseitigen, um den Riesengeist, der darin steckt, zu entbinden und für unsere Zeit fruchtbar zu machen.[2]) *Scholz* findet nun Hegels philosophische Gesinnung ausgedrückt in dessen Vorstellung vom Wesen der Philosophie, nämlich in seiner Ansicht über das Verhältnis der Philosophie zum Leben, zur Geschichte und endlich zur grundsätzlichen Deutung des Wirklichen. Man muß die Philosophie wie *Hegel* mitten ins Leben stellen; von welch großer Bedeutung diese Forderung gerade für die Staatslehre ist, sieht man ganz deutlich an dem Mißerfolg der welt- und lebensfremden *Stammler*schen und *Kelsen*schen Doktrinen. Dieser konsequenteste Methodenpositivismus geht ja bekanntlich soweit, daß er dem Staat im Grunde jede

[1]) Die Bedeutung der Hegelschen Philosophie für das philosophische Denken der Gegenwart. — [2]) Ziegler, Strömungen etc. S. 148.

Wirklichkeit abspricht, der Staat soll tot sein als Person. Wie soll man dann aber etwas von einem solchen „unwirklichen" Wesen wissen? Und ohne Wissen vom Staat, wie er wirklich ist, im Leben steht und existiert, kann keine Staatstheorie fruchtbar sein, sie muß sich vielmehr vom Staatsleben abwenden, und der Staat wird ihr fremd. Das hat aber im Gefolge die weitere Tatsache, daß überhaupt die Gebildeten sich vom Staatsleben fernhalten — auf die erstaunlich geringe Zahl derjenigen Staatsrechtslehrer, die sich heute aktiv an der Politik beteiligen, wies, im Vergleich mit früheren Zeiten, kürzlich *Triepel* ausdrücklich hin. Und dies ist doch ein Grundfehler, zu dem der Deutsche ohnehin neigt! Eine Staatsidee dagegen, die sich wie die *Hegels* aus diesen Gedanken heraus ergibt, muß die Herrlichkeit des Staates preisen, der den Staatsbürger zur Vaterlandsliebe erziehen will, ihn heranzieht zur tätigen Mitarbeit am Staate. Kam doch vor 100 Jahren *Hegels* Staatsgedanke den Plänen des *Freiherrn vom Stein, Hardenbergs, Gneisenaus, Scharnhorsts* und *Humboldts* in denkbar günstiger Weise entgegen. Und ist doch eine solche Lehre allein imstande, die schon den Germanen seit altersher eigene, fast feindselige Haltung des Einzelnen dem Staate gegenüber zu überwinden, indem sie zeigt, daß „der Staat nicht bloß auf einem Rechtsgrunde, sondern auf sittlicher und natürlicher Notwendigkeit beruhe" *(Gierke).*

Es ist, wie *Binder* es ausdrückt[1]): „der Gedanke, daß die Persönlichkeit ihre Möglichkeit und Vollendung nur im Staate und durch ihn erhält", dies ist, im *Hegel*schen Sinne verstanden, der antike Staatsgedanke[2]), eine Idee, die dem offenkundigen Verlangen unserer Zeit durchaus entspricht, die sich immer mehr mit allen Kräften vom Liberalismus und Individualismus loszumachen sucht. Von der „Zeit des Ueberganges von einer individualistischen zu einer sozialen Weltanschauung" sprach bezeichnenderweise der Präsident des Reichsgerichts kürzlich in seiner Festrede zum 50 jährigen Bestehen unseres höchsten Gerichtshofes[3]). Dabei darf freilich nicht übersehen werden, daß im allgemeinen noch nicht an diesen *Hegel*schen antiken Universalismus gedacht wird, sondern vorherrschend ist das Streben nach einem „Kollektivismus"[4]), und zwar einmal nach einem „Massenkollektivismus",

[1]) Arch. R. W. Phil. XXII, 331. — [2]) vgl. Treitschke, Politik, Bd. 1, Einleitung und § 1. — [3]) s. Dt. Jur. Ztg. 1929, 1367. — [4]) vgl. Sinzheimer „Der Wandel im Weltbild des Juristen", Ztsch. f. soziales Recht. Nr. 1.

dann aber auch nach einem „organischen Kollektivismus“ [1]) wobei wiederum der Massengedanke die weitaus größere Mehrheit beherrscht, vor allem in der Form der sozialdemokratischen und kommunistischen Bestrebungen und Anschauungen. Dieser Kollektivismus zeigt, wie sehr die herkömmliche Denkweise noch im Individualismus befangen ist, denn er ist im Grunde nur eine „notwendige Folge“ desselben [2]), dessen Grundgedanke: ἄνθρωπος μέτρον πάντων bleibt; der Einzelne steht nach wie vor im Mittelpunkt, es kommt lediglich der Gedanke der Gleichheit und Gleichmachung hinzu, der dann erst notwendig und zwingend die Einzelpersönlichkeit systematisch vernichtet, unterdrückt, wo er folgerichtig durchgeführt wird, wie es in Sowjetrußland zur Zeit geschieht: „Der kollektivisierte Mensch wird ein öffentliches Wesen. Es gibt nur noch Masse [3])“. Es ist der Hauptgrund der vielbeklagten und vielerzählten „Krisis des Deutschen Rechtslebens“, daß an den vielen überkommenen Rechtseinrichtungen des Individualismus-Liberalismus sich die Strömungen der neuen Einstellung brechen müssen, nicht nur die des Massenkollektivismus, sondern auch die des organischen Staatsgedankens, der unter Zurückgehen auf schon von *Gierke* geäußerte Gedanken ebenfalls ständig mehr hervortritt. Letzterer kommt den *Hegel*schen Staatsgedanken wesentlich näher, denn er richtet in erster Linie den Blick zunächst auf das einheitliche Ganze, stellt nicht mehr den Einzelnen in den Mittel- oder Vordergrund. Auch diese Abart des Kollektivismus muß sich jedoch vor Uebertreibungen hüten und darf ebenfalls den Wert des Individuums von ihrem Standpunkt aus nicht unterschätzen, das auch als „Kollektivwesen“ seine eigene Individualität behalten muß. Aber jedenfalls ist ihre Grundeinstellung, ihr Versuch von individualistischen Gedankengängen sich freizumachen, für eine „soziale“ Staatsanschauung unbedingt richtiger als die vorher angedeutete, die sich aus ihren geistigen Bindungen nicht losmachen kann und, da sie dem *Hegel*schen Geist vollkommen entfremdet ist, *Hegels* Gedanken nicht versteht und sie nur, wie es der Marxismus getan hat, ein-

[1]) darüber s. Horneffer „Individualismus oder Kollektivismus als Weltanschauung“ In: Das Problem der Wirtschaftsdemokratie, S. 21 ff. — [2]) Edg. J. Jung, „Die Wertgrundlage der Rechtserneuerung“ Südd. Monathefte, 1929, S. 264. u. v. Löwenstein in: Das Problem der Wirtschaftsdemokratie, S. 41, 44. — [3]) Feiler. Frankf. Zeitung v. 13. 10. 1929.

fach umzukehren vermag. Ein Verharren beim Individualismus führt, wie gezeigt, entweder zur Anarchie oder zum Sowjetsystem, oder es bleibt beim dauernden Klassenkampf, eine Lösung, Versöhnung im wirklich „sozialen" Sinne, im „Gemeinschaftsgedanken" bleibt unmöglich [1]).

„Hätte die liberale Staats- und Wirtschaftstheorie nicht den Einzelnen aus dem Staat ausgegliedert und auf sich selbst gestellt, hätte das 19. Jahrhundert an der durch Hegel gewonnenen Erkenntnis festgehalten, daß der Einzelne in seinem Fürsichsein ein Nichts ist, hätte es nicht verlernt, korporativzu denken, und Unternehmer und Arbeiter als Glieder eines lebendigen Ganzen aufzufassen, dann wäre der heutige Sozialismus, wären auch die Zustände, die zu ihm geführt haben, nicht denkbar gewesen"

sagt *Binder* [2]) mit vollem Recht. Denn in der Tat hat der Individualismus, der sich um Gemeinschaftsfragen nicht kümmerte, es dahin gebracht, daß überwiegend der Staat heute bestenfalls als „Notgemeinschaft" und „Futterkrippe" angesehen wird. Der Staat hat „aufgehört, eine ethische Gemeinschaft zu bilden" und „entbehrt jedes höheren Lebenssinnes" (*Mehlis*) [3]) .Bei *Hegel* dagegen bedeutet alles staatliche Gemeinschaftsleben nur das Eine: Die konkrete Verwirklichung der sittlichen Ideen im Leben des Volkes. Und so empfindet *Hegel* denn auch die Staats- und Rechtsphilosophie als das in Gedanken gefaßte Rechts- und Staatsbewußtsein einer jeden Zeit. Ihre große Lebensnähe, ihre Orientierung auf die Rechts- und Staatswirklichkeit erhält diese Staatsphilosophie nun durch die beiden Gedanken, die hierin liegen, nämlich einmal den des substantiellen Gehaltes, dann den des temporären Charakters einer solchen Staatslehre. Das letztere davon besagt vor allem, daß ein jedes Geschlecht die Aufgabe mit neuen Kräften angreifen muß, sein Rechts- und Staatleben wieder zu durchdenken. Hier muß die Selbstbesinnung immer wieder von neuem beginnen. So darf eine Staatsrechtwissenschaft niemals in den Anschauungen und bei den Begriffen stehen bleiben, welche für eine vergangene Form des Staates zutreffen, etwa für den absolutistischen Staat der Aufklärungszeit, während der lebendige wirkliche Staat um sie herum längst zu ganz anderen Formen, etwa zum parlamentarischen Volksstaat übergegangen ist,

[1]) vgl. dazu für das Gebiet des Arbeitsrechts insbesondere: Heinr. Lehmann, „Recht und Gemeinschaftsdanke", in: Das Problem der Wirtschaftsdemokratie, S. 99 ff — [2]) Arch. R. W. Phil. XXII, 331. — [3]) Volk und Gruppengemeinschaft. In: „Der Tag" v. 31. 10. 1929.

für den die Lehren und Gesetze jenes anderen staatlichen Gebildes nicht mehr passen! Der substantielle Gehalt andererseits des *Hegel*schen Gedankens bedeutet, daß eine Staatslehre in seinem Geiste alles erfassen soll, was für das Staatsleben eines Zeitalters von lebenswichtiger Bedeutung ist, daß ferner der Staatsrechtler, um dies zu erreichen, nicht einseitig psychologisch oder erkenntniskritisch eingestellt sein soll, daß seine Kenntnisse und seine Lehre vielmehr die ganze konkrete Kultur seines Volkes umfassen müssen.

Als weiteres wertvollstes Erbe der *Hegel*schen philosophischen Gesinnung wurde mit *Scholz* seine Ansicht über das Verhältnis der Philosophie zur Deutung des Wirklichen genannt. Ein Idealismus im Sinne *Hegels* ist rein kontemplativ — nicht, wie bei *Kant*: aktiv; ist „nicht ein gestaltendes, taterzeugendes Prinzip, sondern Erkenntnisorgan in der höchsten Potenz“ [1]), er sucht das Sinnvolle im Wirklichen auf, das Ideelle im Gewordenen und baut sich auf einem „unerbittlichen Wirklichkeitssinn“ auf. Es soll aber hier noch einmal mit Entschiedenheit betont werden, daß man gerade in dieser Hinsicht sehr viel vorsichtiger sein muß als *Hegel* selbst es gewesen ist, zumal dann, wenn *Hegel* allzu harmonisierend wirken will. Das gilt insbesondere für Hegels vielgenannten Satz des „Vernünftig-Wirklich“ - hier muß man sehr viel skeptischer als *Hegel* sein und nicht übersehen, daß tatsächlich doch recht vieles in der Wirklichkeit als unvernünftig und sinnlos zurückzuweisen ist. Das gilt vor allem auch von der Erneuerung der *Hegel*schen Staatslehre, die ohne Zweifel „durch ihr schönes Wunschbild vom Staat von der Erkenntnis der staatlichen Wirklichkeit ablenkt“, wie *Meinecke* [2]) mit Recht gegenüber den Anschauungen *Binders* feststellt. Seine warnende Stimme darf nicht überhört werden. Aber das sind ja auch nur Auswüchse der sonst so großen und durchaus zu billigenden Gedanken. In Wahrheit lebt *Hegels* Idealismus durchaus im Realen, wenn dies auch, worauf bereits hingewiesen worden ist, in *Hegels* Schriften nie mit so wünschenswerter Klarheit zum Ausdruck gekommen ist. Doch ist sehr wesentlich und muß von der Hegel-Renaissance besonders beachtet werden: auch sie muß sich immer an die Wirklichkeit halten und darf sich nicht in Spekulationen

[1]) Scholz a. a. O. S. 56. — [2]) Hist. Ztschft., 1929, S. 568.

verlieren. Das warnende Beispiel möge für die Staatslehre stets der konsequenteste Positivismus, das normlogische, puristische System der Neukantianer, *Kelsens* vor allem, sein, auf das nicht genug hingewiesen werden kann. Dort hat durch die einseitige Betonung des Rationalen, durch den „rationalen Monismus" (Heller) eine „radikale Trennung des Sollens vom Sein" stattgefunden. Und nun (*Walz*)[1])

„ergibt sich für Kelsen die große Schwierigkeit, die von der Welt des Seins ins Reich der zeitlosen Geltung erhobenen Sollensnormen nachträglich wieder mit der realen Seinswelt in Verbindung zu bringen".

Die Schwierigkeit ist nicht mehr zu überwinden, wenn man nicht, wie gezeigt wurde, einfach ganz inkonsequent die Grundgedanken des Positivismus wieder preisgibt. Die Richtung, welche eine Wiedergeburt *Hegel*scher Gedanken im Auge hat, kann zweierlei hieraus lernen. Einmal, was den Ausgangspunkt für jede wissenschaftliche Betrachtung anlangt, und dann, was die richtige Einschätzung des Wertes der Philosophie betrifft. Den Empirikern unter den Positivisten muß man vollkommen recht geben in der Hinsicht: die Philosophie kann nicht den Anspruch erheben, die Wirklichkeit schöpferisch gestalten zu wollen, dazu ist sie nicht imstande, sie soll die Wirklichkeit begreifen. Und so kann die Staatslehre, die Staatsphilosophie nicht von sich aus einen Staat aufbauen, so darf man nicht zuviel erwarten von einer etwaigen unmittelbaren Einwirkung der Theorie auf den bestehenden oder den werdenden Staat, diesen schafft das Leben, die Praxis. Die Theorie aber soll sich darauf beschränken, „den bleibenden Ertrag jener realen Gestalt des Lebens zu konservieren und es als Ferment in den Werdeprozeß" [2]) eines neuen oder sich umbildenden Staates mithineinzugeben. Damit ist schon ein Weiteres gesagt, das seiner großen Bedeutung wegen noch einmal angedeutet werden muß: Der Ausgangspunkt einer jeden staatsphilosophischen Betrachtung muß immer das Gegebene, Wirkliche und Gewordene sein. Und jede Methode darf sich nicht von diesem ihrem Gegenstand entfernen, darf nicht dem Leben, dem Staat entfremdet werden, sondern man kann sie stets nur als Hypothese behandeln, die immer erst noch der em-

[1]) Dt. Literat. Ztg. 1929, S. 437. — [2]) Lasson, Was heißt Hegelianismus? S. 35.

pirischen Bewährung und Bewahrheitung bedarf. Dann erst wird sie gerechtfertigt. In diesem Sinne muß eine jede staatswissenschaftliche Betrachtung empirisch und „positivistisch" sein, sie darf aber niemals in die Einseitigkeiten des krassen Positivismus der oben geschilderten Art verfallen, sondern muß stets daran denken, daß der Staat nicht bloß ein Schema von verfassungsrechtlichen Normen ist, und vor allen Dingen, daß über dem vom Staate gesetzten Recht und über dem Staate selbst noch ein höheres Recht steht.

Wenn man mit diesen durch die wissenschaftliche Kritik und die Erkenntnisse und Forderungen einer späteren Zeit gebotenen Gedanken zu einer Erneuerung *Hegel*scher Lehren in der Staatslehre kommt, dann ist die „*Hegel*-Renaissance" allerdings zu begrüßen. Dann vermag sie *Hegels* Werk wieder zu erwecken und fruchtbar zu machen, und kann aus ihm eine Staatstheorie schaffen, die lebendig und vielgestaltig ist, die das Leben zu meistern versteht. *Hegel*sche Gedanken sind hierzu besonders geeignet, denn mit vollem Recht darf *M. E. Mayer*[1]) von *Hegel* sagen:

„Zu ihm, dem viel Bewunderten und viel Geschmähten kehrt die Wissenschaft immer wieder zurück, denn er befriedigt wie kein zweiter das mächtige Bedürfnis des Denkens und der Lebensgestaltung, zur Synthese vorzudringen. Jedes Zeitalter ist krank an Gegensätzen und sehnt sich nach der Erlösung, die in ihrer Auflösung enthalten ist".

§ 9. Ergebnis und endgültige Beantwortung der Frage nach der Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers.

Das Ergebnis der vorhergegangenen Untersuchungen ist demnach das folgende: Die Grundgedanken, welche die Hegel-Renaissance in die staatsrechtliche Betrachtungsweise einzufügen sucht, werden auch von dieser Darstellung übernommen, weil sie als die eigentliche und wahre Fortsetzung der großen Ueberlieferungen des deutschen Idealismus von *Leibnitz, Kant, Fichte* und *Hegel* selbst erscheinen, und den Weg zu brauchbaren Ergebnissen weisen. Mit *Treitschke*[1]) kann man sich zu diesem Idealismus bekennen, wenn er sagt:

„Wir . . . wollen uns halten an den lebendigen Idealismus des geschichtlichen Lebens, der die harte Realität der Dinge nicht verkennt, aber die Macht der Idee in ihr aufzusuchen bemüht ist".

[1]) Rechtsphilosophie, S. 12. — [2]) Politik, Bd. 1. S. 67.

Es ist die Richtung, die auch *Eucken*[1]) im Auge hat, in der „Idealismus und Realismus sich zur Erzeugung eines kräftigen Staatslebens verbinden, aber den geistigen Gehalt und eine innere Einheit kann nur der Idealismus liefern"

Mit dem Bekenntnis zu einem Rechtsidealismus in diesem Sinne ist dann auch die Frage beantwortet, die das Thema dieses Versuchs bildet: Der Gesetzgeber ist nicht selbstherrlich! Beides bedarf jedoch noch einer weiteren Ausführung.

Was zunächst das Ergebnis einer Stellungnahme im Sinne Hegelscher Gedanken anlangt — so ist da festzustellen, daß es durchaus kein überflüssiger Umweg war, die Lehren der jüngeren Generation der Staatsrechtler auf ihre Besonderheit hin zu betrachten und das herauszuarbeiten, was diese äußerlich so sehr verschiedenen Anschauungen einigt: nämlich die ihnen allen innewohnende Neigung zu einer Wiedergeburt des Hegelianismus. Denn bei dieser Darstellung, bei der Gegenüberstellung zu andern rechtsphilosophischen Richtungen und bei der Kritik dieser unter der Bezeichnung „Hegel-Renaissance" zusammengefassten Meinungen gerade schälten sich deutlich einige grundlegende Sätze heraus, die unbedingt maßgebend sein müssen für jede Staatslehre, jedes System, das sich zu den Gedanken der Hegel-Renaissance bekennt, die aber auch hier, wo es sich um die Frage nach der Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers handelt, zum Ausgangspunkt zu machen sind. Da sie demnach bereits entwickelt wurden, braucht jetzt auf sie nur noch mit wenigen Worten hingewiesen zu werden. Das ist folgendes:

1. Ein metaphysischer Hintergrund wird zugrunde gelegt.
2. Ausgangspunkt ist stets das Gegebene, Wirkliche.
3. Das Rationale darf nicht überschätzt werden.
4. Nicht nur die statische, sondern auch die dynamische Betrachtungsweise ist zu handhaben.
5. Im wirklichen Leben muß die Staatsphilosophie stehen.
6. Allumfassend muß die Staatslehre sein, synthetisierend.

An Hand dieser Sätze soll nunmehr zum Schluß endgültig zur Beantwortung der Frage geschritten werden: Ist der Gesetzgeber selbstherrlich? Gedacht ist dabei an den Gesetzgeber des

[1]) Ethik usw. S. 29.

heutigen Deutschen Reiches. Das Problem liegt in der Frage nach dem Verhältnis von Recht und Staat zueinander. Der metaphysische Hintergrund ist hier die Annahme einer Idee des Rechts, die nur „als von der moralischen Idee umschlossen und beherrscht gedacht werden" kann (*Manigk*) — diese absolute, ewige Rechtsidee aber ist den Menschen unfaßbar, sie äußert sich jedoch dem Menschen, inhaltlich gefüllt und deshalb seiner Wahrnehmung zugänglich, im Rechtsgefühl der Generationen, der Menschengeschlechter. Und wie aus diesem jeweils verschiedenen Rechtsgefühl ein immer wechselndes, historisch bedingtes Recht zur Geltung kommt und sich äußert in Gesetz und Gewohnheitsrecht, so gestaltet das Staatsbewußtsein einer Generation eines Volkes den Staat dieser Zeit. Seine Grundlage ist nichts anderes als der Wille des Staatsvolkes zu seinem Staat, der Wille, eine große Gemeinschaft zu sein. Hier muß man sich aber freimachen von den Anschauungen derer, die nur das Soziologische und auf der andern Seite derer, die nur das Rechtliche, Formal-juristische betonen, der Vertreter der „reinen" Rechtswissenschaft. Man muß jedoch noch weiter gehen, und darf auch nicht stehen bleiben bei Ansichten, die selbst *O. v. Gierke* beherrschten, die dann vor allem von *Gg. Jellinek* zum Durchbruch gebracht wurden: denen der dualistischen Staatslehre, für welche das „soziale Gebilde" und die „Rechtsinstitution" zwei verschiedene Seiten des Wesens des Staates sind. Es ist vielmehr allein die Idee des Rechts, welche den Menschen nötigt, in einem Staat zu leben, einen Staat zu bilden, und diesem eine Herrschaft und Zwangsgewalt zuzuerkennen, um die Rechtsgedanken, die aus dem Rechtbewußtsein der Menschen stammen, zur Geltung und Durchsetzung zu bringen. So entstehen die Staaten: durch eine überpositiv „überpersönliche Schaffenskraft: den Willen des Volks zu seinem Staat [1])" als seiner Rechtsgemeinschaft. Und damit wird zugleich auch die unbedingte Alleinherrschaft des „Rechtes" im Staate anerkannt, sodaß also irgendeine selbstherrliche „Gewalt" im Staate neben dem Recht, also irgendeine vom Recht unabhängige Macht, eine reine Tatsächlichkeit, aus welcher die Obrigkeit, d. h. der Staat als Träger der Zwangsgewalt entspringt, keinen Platz mehr findet. Und dieser Staat ist wirklich, ist sogar das Wirklichste, das man sich nur

[1]) Freyer, Der Staat, S. 162.

denken kann. Seine Wirklichkeit zeigt uns eine Betrachtung der dynamischen Seite des Wesens „Staat“: sie offenbart sich in den Lebensäußerungen des Staats, genau so wie die Wirklichkeit des menschlichen Lebens sich in Lebensäußerungen des Menschen äußert. So ist der Staat, auf diese Weise gesehen, ein ewiges Werden, ein „Gebilde aus Tat“ (*Freyer*) er gibt sich zu erkennen in seinen Taten, in seinen Gesetzen, seinen Urteilen, seinen Verwaltungshandlungen, seinen Kriegen, seinen privaten und völkerrechtlichen Rechtsgeschäften und Handlungen. *Smends* schon erwähnter Ausdruck „Integration“ ist in der neuesten Staatslehre wohl schon ziemlich eingebürgert und kennzeichnend geworden für diesen Gedanken, der in ähnlicher Weise auch bereits von anderer Seite, wie besonders von *Kjellén, Waldecker, Freyer* ausgesprochen wurde. So ist, dynamisch gesehen, der Staat ein Gebilde — statisch gesehen, ist er eine Form, ein Gebäude von Gesetzen. Die Gesetze sollen die Aufgabe erfüllen, die gesamte Kultur eines Volkes in Beziehung zum Staat zu setzen, die Kulturgedanken politisch umzuformen, dem Rechtsbewußtsein des Volkes Ausdruck zu geben, denn der Staat hat das hohe Ziel vor Augen, die gesamte Kultur seines Volkes in sich zu vereinigen und sucht dies annähernd dadurch zu erreichen, daß er in den Gesetzen, aus denen er sich zusammensetzt, das Kulturleben und Rechtsleben des Volks aufzufangen sich bemüht. Hier aber hat die Verfassung eines Staates — mag sie nun geschrieben sein oder nicht — eine ganz besondere Bedeutung, sie ist gegenüber den Gesetzen eine Art Axiom, Grundsatz gegenüber den Lehrsätzen, der „Komplex solcher Rechtsnormen, die grundlegende Voraussetzung allen Rechtes sind“ [1]. Sie steht höher als die Gesetze, ihre Normen sind in erster Reihe — worauf auch *M. Wolff* [2]) hinweist, — ausgesprochen „verfassungsrechtlicher“ Art, während die Einzelgesetze „technisches“ Recht darstellen (*Smend*): technisches Recht sind die Verfassungsbestimmungen nur in zweiter Linie und nicht immer. Sie gibt dem immer wieder sich erneuernden Leben des Staates Form und Inhalt, sie ist einmal grundlegende organisatorische Bestimmung

[1]) Gerber, Arch. f. Rechts- u. Wirtsch. Phil. 1928, S. 190 und Zschft. f. Ostrecht a. a. O. — [2]) Reichsverfassung und Eigentum. Festschr. f. W. Kahl, IV. S. 6, Anm. 2.

und einmal „Wertungsgrundlage“ [1]) — das ist ihr Sinn. So soll der Deutsche Staat in der Verwirklichung des Inhaltes seiner Verfassung sein Leben zeigen. Indem sie die Grundbegriffe eines bürgerlichen Rechts- und Verfassungsstaates, auf der Grundlage der Volkssouveränität beruhend, mit starkem sozialen Einschlag versehen, anerkennt und verkündet, wie z. B. Gewährleistung des Eigentums, Gleichheit vor dem Gesetze, Freiheitsrechte, Rechtsschutzansprüche, Vertragsfreiheit, Ehe, Erbrecht, allgemeines gleiches Stimmrecht, Parlamentarismus usw. sagt sie vom deutschen Reiche aus, daß dieser Staat, den diese Verfassung kennzeichnet, ein solcher bürgerlicher Rechts-, Verfassungs- und Volksstaat sein will. Die Bedeutung und der Sinn der Verfassung ist demnach ein zwiefacher. Einmal gibt sie dem Gefüge der Gesetze seine Legitimität, und andererseits bringt sie des Staates geschichtlichen Sinn zum Ausdruck, macht den Staat, dessen Grundgesetz sie ist, erst „zur politischen Individualität in der politischen Welt“ (*Freyer*). Dieser politische Sinn aber selbst wird dem Staat immer von dem Staatsbewußtsein seines Staatsvolkes gegeben, das eben hierin, in der Verfassung des Staats, von der schon einmal gesagt wurde, daß sie durchaus nicht in einer Verfassungsurkunde niedergelegt zu sein braucht, seinen Ausdruck findet. Und nun ist dieser Sinngehalt maßgebend für das staatliche Gebilde, vor allem auch für die Gesetze des Staates, für die ja das zum Ausdruck gekommene Staatsbewußtsein des Volkes grundlegende Voraussetzung ihrer Legitimität ist. Es muß also zuletzt das Rechtsbewußtsein der im Staate organisierten Gemeinschaft aus jedem einzelnen Gesetze sprechen, nicht mehr aber ist ein souveräner Wille irgendeines Gesetzgebers da, der aus den Gesetzen spräche. Das ist im tiefsten Grunde der Inhalt des Artikels 1, Abs. 2 der Reichsverfassung des Deutschen Reiches: „Die Staatsgewalt geht vom Volke aus“. Es wurde bereits bei der Kritik des Positivismus gezeigt, daß jene alte Staatsidee nicht mehr aufrecht erhalten kann, nach der eine reine, nicht auf dem Rechtsbewußtsein des Staatsvolkes beruhende Machtorganisation, der „Staat“, der „Gesetzgeber“ angenommen wurde, eine „von Gottes Gnaden“ oder kraft Gesellschaftsvertrages be-

[1]) Gerber, Zschft. f. Ostrecht a. a. O. in Fortführung der von Smend und C. Schmitt ausgesprochenen Gedanken.

stehende „Obrigkeit". Diese Anschauung widerspricht dem deutschen Denken, in Deutschland war ursprünglich das Rechtsgefühl des Volkes die erste Quelle des Rechts, neben das später erst das Gebot des Machthabers trat [1]), und demgemäß war „in Deutschland ursprünglich keineswegs die Meinung von der Allmacht des Gesetzgebers herrschend" [2]). Dies im Gegensatz zu dem im allgemeinen „positivistischen" und daher denn auch zur juristischen Begründung des Absolutismus so sehr geeigneten römischen Recht, das in der Folgezeit das deutschrechtliche Denken verdrängte. Seit dem Aufkommen des konstitutionellen Systems macht sich jedoch immer deutlicher bemerkbar, daß das Rechtsbewußtsein der Volksgenossen in Wahrheit die Grundlage der Herrschaft des Staates bildet. Und wenn dann durch Montesquieu die Lehre von einer „gesetzgebenden Gewalt" aufkam, die sich, wie ebenfalls schon dargelegt, gegenüber dem in der Weimarer Verfassung zum Ausdruck gekommenen Grundsatze der Volkssouveränität jedenfalls nicht mehr aufrecht erhalten läßt, so liegt das daran, daß Montesquieu und die Staatsrechtswissenschaft nach ihm in Gedanken stets an die Einrichtungen des ancien régime anknüpften. Findet man doch nach *Waldecker* [3]) z. B. bei Rousseau eine

„reinliche Ersetzung des seitherigen fürstlichen durch einen demokratischen Absolutismus, indem er die materielle volonté générale sich in der von der Legislative gesetzten formellen loi ausdrücken läßt . . . (diese) Herrschaft des Gesetzes bedeutet also unbedingte Superiorität der Legislative . . . und somit unbedingte Bindung der Justiz".

Aehnlich wie jenen Männern geht es auch heute noch manchen Positivisten, erging es auch wohl den Schöpfern der Reichsverfassung vom 11. August 1919: sie kommen aus den alten Staatsgedanken garnicht heraus, deren Einfluß nicht weniger als dem Fortwirken jener Rousseauschen naturrechtlichen Konstruktionen es zuzuschreiben ist, wenn sie zwar den Grundsatz, daß die Staatsgewalt allein vom Volke ausgehe, in die Verfassung aufnahmen, aber nun es unterließen, ein allgemeines Prüfungsrecht einer richterlichen Stelle gegenüber dem staatlichen Gesetz zu

[1]) vgl. dazu Merk, Süddeutsche Monatsh. 1929, S. 269 ff. Auch: Fehr, Schweizerischer und Deutscher Volksgeist in der Rechtsentwicklung. 1926. [2]) Lobe, Lpzg. Ztsch. 1929, S. 870. — [3]) Arch. öff. R. 13, S. 69.

normieren, eine Forderung, die unabweisbar erscheint. Auf diese Art und Weise läßt nunmehr der positive Bestand unserer Verfassung ein rite zustandegekommenes Reichsgesetz nahezu unangreifbar erscheinen und verleiht damit dem Gesetzgeber und dem Gesetz eine „mystische Würde" *(v. Hippel)*.

Gegenüber dem ganzen Sinngehalt aber der Verfassung kann man das Fehlen eines Verfassungsartikels über ein solches richterliches Prüfungsrecht nur als eine Lücke des Verfassungsgrundgesetzes ansehen, die nach dem Prinzip, von der „Sinndeutung zur Sinngebung" vorzuschreiten (*v. Hippel*), im Sinne einer grundsätzlichen Bejahung des Prüfungsrechts auszufüllen sein wird. Denn der Sinngehalt der Reichsverfassung ist doch, in Bezug auf den Gesetzgeber der, daß das Rechts- und Staatsbewußtsein der Volksgenossen die Grundlage des Staates ist, und daß die sogenannte „gesetzgebende Gewalt", die Volksvertretung, nicht mehr ist als die „organisierte Rechtsüberzeugung des Volkes" (*Krabbe*)[1]) diejenige Stelle, welche das Rechtsleben des Volks zu ordnen, seine Rechtsüberzeugung in die Form der Gesetze zu gießen hat. Ihr haftet demnach keine übernatürliche Macht an, sie ist vielmehr ein, wenngleich an der Spitze stehendes, so doch dienendes Glied im Leben des Staats, und so bedeutet die angebliche Souveränität des Gesetzgebers[2])

„zunächst nichts anderes als die durch die Rechtsgemeinschaft übertragene Befugnis, in Zweifelsfällen in höchster Instanz zu entscheiden."

Mehr aber auch nicht; und in Wahrheit ist der Gesetzgeber — mag es nun die Volksvertretung oder die gesetzlich ermächtigte Reichsregierung sein — nur ein Organ der Rechtsgemeinschaft, wie etwa die Verwaltung und Rechtsprechung auch, und sein Handeln kann ebenso wie bei diesen ein „fehlerhafter Staatsakt" sein. Und wie im deutschen Recht das allgemeine Willkürverbot gegenüber Verwaltung und Rechtsprechung besteht und durch die Praxis der höchsten Gerichte bestätigt und fortentwickelt wird, so muß das auch ganz entsprechend für die Gesetzgebung gelten; und es ist durchaus nicht einzusehen, weshalb das Reichsgericht in seiner im Anfang dieser Arbeit genannten Entscheidung wieder davon abgekommen ist, Gesetze, die hiergegen verstoßen, für

[1]) vgl. Die moderne Staatsidee, S. 106 ff. — [2]) Rümelin, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 72.

ungültig zu erklären, ja, sie als nichtig zu behandeln. Aus denselben allgemeinen Grundsätzen heraus ist es dem Gesetzgeber ebenfalls verwehrt, ungerechte oder sittenwidrige Maßnahmen zu treffen; das widerspräche dem Gedanken eines wahren Rechtsstaates, dessen Grundlage und Ansehen nicht nur auf den Gesetzen beruht, sondern auf dem geschriebenen und ungeschriebenen „Recht", dessen Staatsgewalt eine ethische Kraft ist, welche sich im Rechtsbewußtsein der Menschen findet. Ein sittenwidriges und ungerechtes Gesetz aber ist ein solches, das diesem Rechtsbewußtsein widerspricht, es ist überhaupt kein Recht, denn „auch dem Staate darf nicht jedes taugliche Mittel erlaubt sein" und „alle äußere und innere Politik ist schließlich nach ethischen Gesichtspunkten zu beurteilen" (*Mezger*)[1]). Und ganz besonders im Deutschen Reich, einem Staat, der stets Anspruch darauf erhebt, ein wahrer „Rechtsstaat" zu sein, in Deutschland, das die Gerechtigkeit, das Recht von jeher zu einem Lebensprinzip seines staatlichen Lebens gemacht hat, wie *Binder*[2]) und *Jung*[3]) unlängst ausführten: da gerade ist ein Gesetz, das den grundlegenden Forderungen von Ethik und Gerechtigkeit nicht entspricht, als mißlungen anzusehen, es ist kein „Recht" nach dem Sinne des Deutschen Staates geworden und darf nicht den Anspruch auf Geltung, Anwendung und Befolgung erheben, weil es seinen Gültigkeitsvoraussetzungen nicht entspricht. Damit soll aber — das sei noch ausdrücklich erwähnt — selbstverständlich das naturrechtliche „Menschenrecht des Widerstandes" nicht anerkannt werden, denn ein positives Widerstandsrecht gibt es nicht. Nicht jeder Staatsbürger darf, seinem Rechtsgefühl und Gewissen allein folgend, darüber entscheiden, ob ein Gesetz gültig ist oder nicht. Er muß sich wie gegen eine Entscheidung des Richters oder des Verwaltungsbeamten, die ihm ungerecht dünkt, mit den Mitteln und bei den Stellen beschweren, die die Gesetze oder die Verfassung des Staates selbst bestimmen, und die dazu berufene Stelle hat darüber zu entscheiden.[4]) Daher kann allein und muß andererseits ein Richterspruch dem ungerechten Gesetz, dem „Unrecht" die Gültigkeit versagen, ihm seine

[1]) Mitteilgn. des Univ. Bundes Marburg, Nr. 20, Juni 1928, S. 20. — vgl. auch Eucken, Ethik als Grundlage etc. S. 29. — [2]) Die Gerechtigkeit als Lebensprinzip des Staates, 1926. — [3]) Bespr. dazu in Krit. Viert. Jahrsschr. XXII, S. 183 ff. — [4]) vgl. Treitschke, Politik, I, S. 191 ff. (196).

Kraft nehmen und so der Eigenmacht der „gesetzgebenden Gewalt" entgegentreten, die sonst zur Wahrung ihrer Selbständigkeit von der Verfassung eine so unangreifbare Stellung erhalten hat, daß die Gefahr einer „Richteraristokratie" doch recht gering ist. Kann doch in Deutschland der Gesetzgeber grundsätzlich „alles" regeln, eine unbestreitbare Tatsache, auf die man sich so gern zur Rechtfertigung des Satzes „Der Gesetzgeber ist souverän" beruft. Diese Tatsache darf aber nicht zu Mißverständnissen führen! Das Parlament darf daraufhin nicht sagen „L'Etat c'est moi", sondern nur: „Je suis le premier domestique d'Etat". Darüber zu wachen, daß der Gesetzgeber Deutschlands dessen sich immer bewußt bleibt, das ist eine Aufgabe, die unseres höchsten Gerichtshof würdig ist, der kürzlich, allgemein gefeiert und gepriesen, das Fest seines fünfzigjährigen Bestehens begehen konnte. Er befindet sich hier in einer Lage, die der des obersten Gerichtes der Vereinigten Staaten im Jahre 1789 ganz überraschend ähnlich ist[1]) — Mut und staatsmännischer Geist seiner Mitglieder sind erforderlich und imstande, daß das Reichsgericht sich selbst die ausgleichende Stellung gegenüber dem Gesetzgeber schafft und damit auch im Verfassungsrecht eine klaffende Lücke füllt, so wie es seither im bürgerlichen Recht schon so manche Lücke gefüllt hat. Dies ist allerdings bis jetzt lediglich ein Wunschbild, dessen Verwirklichung aber unerläßlich ist. Denn trotz seiner großen staatsrechtlichen Machtbefugnisse, die den Gesetzgeber unserer Verfassung über alle anderen zu stellen scheinen, ist er doch auch nur ein Organ der Gemeinschaft, wie andere Organe, ein Organ eben, welches das Rechtsbewußtsein formen und zur allgemein durchsetzbaren Geltung bringen soll, und als solches keineswegs ganz frei in seinem Handeln ist.

Daher darf z. B. der deutsche Reichstag nicht ohne weiteres ein gegen seinen Willen durch Volksentscheid zustandegekommenes Gesetz einfach durch ein neues, vom Reichstag beschlossenes Gesetz wieder aufheben[2]). Das verbietet schon Art. 1, II der R. V. Die Verfassung, geschrieben und ungeschrieben, ist es, die ihm angibt, in welcher Weise, welchen Grenzen, nach

[1]) vgl. Borchard, Dt. Jur. Ztg., 1929, 1229 ff. — [2]) dem Sinne nach übereinstimmend: Michaelis, Dt. Jur. Ztg. 1929, Sp. 1451 ff. a. A. scheinbar: Finger, Dt. Jur. Ztg. 1929, 1371.

welchen Zielen und Gesichtspunkten er sich betätigen darf, und so kann *Gerber* denn mit Recht sagen [1]: „Mehr denn je ist der Gesetzgeber heute in seinem Handeln gebunden"; keineswegs ist der Gesetzgeber selbstherrlich, das ist also das Ergebnis dieser Untersuchung [2], die mit den zusammenfassenden Sätzen von *Walther Merk* [3] enden soll:

„Der Staat ist nicht Schöpfer, sondern bloßer Dolmetscher, Wegbereiter und Schützer des Rechts. Der staatliche Gesetzgeber ist nicht allmächtig. Er kann nicht willkürlich Recht aus dem Nichts erschaffen, sondern nur das im Rechtsbewußtsein des Volkes lebende Recht finden und formen und durch Ausstattung und staatlichen Zwang bewehren. Die Gesetze sind technische Hilfsmittel, um das im Volksbewußtsein lebende Recht in Anpassung an die wechselnden Lebensbedürfnisse zu verwirklichen, ihm leichtere Erkennbarkeit und sichere Bestimmtheit zu verschaffen. Gesetze können nicht nur ungerecht, sondern auch Unrecht sein, sie begründen dann kein das Gewissen innerlich verbindendes ‚Sollen', sondern nur ein durch äußere Gewalt bedingtes ‚Müssen'. Der Staat kann aber sein Ansehen und die Achtung vor dem Gesetz nicht schwerer schädigen als durch Erlaß von gesetzlichen Geboten und Verboten, gegen die sich der Gerechtigkeitssinn und das Rechtsgefühl der Genossen der Rechtsgemeinschaft innerlich aufbäumt".

[1]) Ztschr. f. Ostrecht, 1929, S. 5. — [2]) ebenso: v. Hippel, Dt. Jur. Ztg., 1928, 1517 ff. und Lobe, Lpzg. Ztsch. 1929, 865 ff. — [3]) Die Ueberwindung des Römischen Rechts, Süddeutsche Monatshefte, 1929, S. 271.

Lebenslauf.

Ich, Hans Cornelius Hölk, bin am 25. März 1906 in Düsseldorf als Sohn des damaligen Oberlehrers, jetzigen Gymnasialdirektors und Honorarprofessors in Marburg Dr. phil. Cornelius Hölk und seiner Ehefrau Helene, geb. Raben geboren. Ich besuchte das Gymnasium Johanneum in Lüneburg, dann das Gymnasium Philippinum in Marburg, wo ich Ostern 1925 die Reifeprüfung bestand. Meine rechtswissenschaftlichen Studien betrieb ich auf den Universitäten Marburg und München, die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 19. Dezember 1928 in Kassel. Seit dem 21. Januar 1929 bin ich als Gerichtsreferendar im Staatsdienst tätig, seit dem 1. Mai 1929 auch als Assistent bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität in Marburg, vor der ich am 15. November 1929 die mündliche Doktorprüfung bestand.

Meinen Schul- und Universitätslehrern, insbesondere aber Herrn Professor Dr. Dr. Genzmer sage ich an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank für das von ihnen übermittelte Wissen, ihre Unterstützung und Anregungen.